

Die Besteuerung des Aktienertrages

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS RUDOLF NEUHAUS
von Zürich und Lützelflüh BE

1900

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Die Besteuerung des Aktienertrages

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
MARKUS RUDOLF NEUHAUS
von Zürich und Lützelflüh BE

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Ferdinand Zuppinger

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 13. Juli 1988

Der Dekan:
Prof. Dr. Hansjörg Siegenthaler

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 81 der Reihe
Zürcher Studien zum öffentlichen Recht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

Barbara und meinen Eltern

Vorwort

An dieser Stelle möchte ich allen danken, die zum Gelingen dieser Dissertation beigetragen haben.

Besonderer Dank gebührt dabei

- meiner Frau Barbara, die mich bei der Arbeit mit viel Geduld unterstützte und sämtliche Korrekturarbeiten übernahm,
- meinen Eltern, die mir meine Ausbildung ermöglichten,
- Werner A Schmid, Partner bei Price Waterhouse, der mir in vielen Situationen mit fachmännischem Rat zur Seite stand,
- meinem Arbeitgeber Price Waterhouse AG, Zürich, für die grosszügige Uebernahme der Schreibarbeiten,
- meiner Mitarbeiterin Annemarie Hew für die zuverlässige Niederschrift des Manuskripts,
- den verschiedenen Steuerverwaltungen, die mir immer bereitwillig Auskünfte erteilten,
- Herrn Professor Ferdinand Zuppinger, der mir bei der Ausarbeitung der Dissertation grosse Freiheiten liess.

Literatur und Judikatur sind bis 31. Dezember 1987 berücksichtigt.

Zürich, Januar 1988

Markus R Neuhaus

InhaltsübersichtSeite

Einleitung

1. Teil	Grundlagen der Aktienertragsbesteuerung	3
1. Kapitel	Bundesstaatliche Kompetenzordnung im Bereich des Einkommenssteuerrechts	3
§ 1	Die Kompetenzordnung im einzelnen	3
§ 2	Ausschöpfung der Einkommenssteuerkompetenzen durch Bund und Kantone	6
2. Kapitel	Zivilrechtliche und wirtschaftliche Grundlagen des Aktienertrages	11
§ 1	Zivilrechtliche Grundlagen des Aktienertrages	11
§ 2	Wirtschaftliche Grundlagen des Aktienertrages	24
3. Kapitel	Abgrenzungen im Bereich der Aktienertragsbesteuerung	30
§ 1	Allgemeines	30
§ 2	Abgrenzungen im einzelnen	30
4. Kapitel	Die wirtschaftliche Mehrfachbelastung der Aktienerträge	37
§ 1	Das Problem	37
§ 2	Die Mehrfachbelastung im allgemeinen	37
§ 3	Die wirtschaftliche Doppelbelastung im besonderen	41
2. Teil	Aktienertag als Steuerobjekt - Umfang und Grenzen	54
1. Kapitel	Einleitung	54
2. Kapitel	Subsumption der vermögensmässigen Rechte des Aktionärs unter den steuerrechtlichen Tatbestand des Beteiligungsertrages	55

§ 1	Dividenden	55
§ 2	Bauzinsen	56
§ 3	Bezugsrecht	60
§ 4	Benützung gesellschaftlicher Anlagen	64
§ 5	Liquidationsgewinn	66
3. Kapitel	Geldwerte Leistungen	87
§ 1	Begriff der geldwerten Leistung	87
§ 2	Verdeckte Gewinnausschüttungen im allgemeinen	88
§ 3	Beispiele verdeckter Gewinnaus- schüttungen	172
4. Kapitel	Gratisaktien und Gratisnennwert- erhöhung	217
§ 1	Problem	217
§ 2	Gratisaktien bei der direkten Bundes- steuer	217
§ 3	Gratisaktien im Kanton Zürich	228
5. Kapitel	Transponierungs- und Liquidations- fälle	232
§ 1	Problem	232
§ 2	Transponierungstheorie	233
§ 3	Liquidationsfälle	275
6. Kapitel	Das verdeckte Eigenkapital	307
§ 1	Begriff	307
§ 2	Freiheit bei der Finanzierung einer Aktiengesellschaft	307
§ 3	Steuerumgehung als Grundlage der Erfassung verdeckten Eigenkapitals	309
§ 4	Ersatztatbestände als Grundlage der Erfassung verdeckten Eigenkapitals	317
§ 5	Ermittlung von verdecktem Eigen- kapital im Rahmen der Steuerumgehungs- praxis	318

§ 6	Rechtsfolgen beim Vorliegen verdeckten Eigenkapitals	322
§ 7	Sicherstellung von Fremdkapital durch einen Aktionär	329
§ 8	Das verdeckte Eigenkapital de lege ferenda	338

<u>Inhaltsverzeichnis</u>	<u>Seite</u>
Vorwort	
Inhaltsübersicht	I
Inhaltsverzeichnis	IV
Abkürzungsverzeichnis	XX
Literaturverzeichnis	XXII

Einleitung

1. Teil: Grundlagen der Aktienertragsbesteuerung	3
1. Kapitel: Bundesstaatliche Kompetenzordnung im Bereich des Einkommenssteuerrechts	3
§ 1 Die Kompetenzordnung im einzelnen	3
I Allgemeines	3
II Positive Kompetenzordnung im Bereich des Einkommenssteuerrechts im besonderen	3
1. Bundeskompetenzen	3
2. Kantonale Kompetenzen	4
III Mögliche Auswirkungen der Steuerharmonisierung auf die geltende Kompetenzordnung	5
1. Auswirkungen im allgemeinen	5
2. Auswirkungen auf die Aktienertragsbesteuerung im besonderen	5
§ 2 Ausschöpfung der Einkommenssteuerkompetenzen durch Bund und Kantone	6
I Bund	6
1. Direkte Bundessteuer	6
2. Verrechnungssteuer	7
3. Kurze Charakterisierung der Einkommenssteuer und der Verrechnungssteuer	7
3.1. Einkommenssteuer	7
3.2. Verrechnungssteuer	8
II Kantone	9
1. Allgemeines	9
2. Regelung im Kanton Zürich im besonderen	10
2. Kapitel: Zivilrechtliche und wirtschaftliche Grundlagen des Aktienertrages	11
§ 1 Zivilrechtliche Grundlagen des Aktienertrages	11
I Allgemeines	
II Rechtsstellung des Aktionärs	11
1. Der Aktionär als Mitglied einer juristischen Person	11

1.1. Die juristische Person	11
1.2. Arten von juristischen Personen	12
1.3. Körperschaften im besonderen	13
1.4. Steuerliche Selbständigkeit der AG	14
2. Rechte und Pflichten des Aktionärs	14
2.1. Allgemeines	14
2.2. Rechte	14
2.3. Pflichten	16
3. Verbriefung der Rechtsstellung des Aktionärs	17
3.1. Aktie als Wertpapier	17
3.2. Aktien als Inhaber-, Ordre- oder Namenpapiere	18
3.3. Stamm-, Vorzugs- oder Stimmrechtsaktien	18
III Gewinnverteilung der Aktiengesellschaft an die Aktionäre	19
1. Allgemeines	19
2. Zuständigkeit	20
3. Materielle Voraussetzungen	20
4. Gewinnverwendungsbeschluss	21
IV Abgrenzung der Aktionärsstellung von anderen Beteiligungsformen	22
1. Beteiligung an einer anderen Form von juristischer Person	22
2. Beteiligung an einer Personengesellschaft	22
3. Fazit aus der Abgrenzung der Aktiengesellschaft von Personengesellschaften	23
§ 2 Wirtschaftliche Grundlagen des Aktienertrages	24
I Allgemeines	24
II Einkommen als wirtschaftliches Phänomen	24
1. Theoretische Erfassung des Einkommensbegriffes	24
2. Das zentrale Element des Einkommensbegriffes	25
3. Folgerungen	25
III Steuerrechtliche Erfassung des Einkommensbegriffes	26
1. Theoretische Grundlage	26
2. Das Gesamtreineinkommen als steuerrechtlich massgeblicher Einkommensbegriff	27
3. Einbrüche ins Prinzip der Gesamtreineinkommensbesteuerung	28
3. Kapitel: Abgrenzungen im Bereich der Aktien- ertragsbesteuerung	30
§ 1 Allgemeines	30
§ 2 Abgrenzungen im einzelnen	30
I Abgrenzung zum Kapitalgewinn	
1. Umschreibung	30
2. Massgebliche Abgrenzungsfaktoren	31
3. Steuerliche Erfassung	32

3.1. Bund	32
3.2. Kanton Zürich	32
4. Konsequenzen aus der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne	33
II Abgrenzung zum Gewinn der Aktiengesell- schaft selbst	34
III Abgrenzung zu den Tantiemen	34
IV Abgrenzung zur Einräumung von Mitarbei- teraktien	35
V Abgrenzung zur Kapitalrückzahlung	36
4. Kapitel: Die wirtschaftliche Mehrfachbelastung der Aktienerträge	37
§ 1 Das Problem	37
§ 2 Die Mehrfachbelastung im allgemeinen	37
I Allgemeines	37
II Holdingprivilegien und Beteiligungsabzug	38
1. Holdingprivileg	38
2. Beteiligungsabzug	39
3. Uebersicht über die Besteuerung von Beteiligungsgesellschaften	40
III Schlussfolgerung	41
§ 3 Die wirtschaftliche Doppelbelastung im besonderen	41
I Allgemeines	41
II Kritik am jetzigen System	42
1. Das Einphasensystem der Einkommensbe- steuerung	42
2. Das Problem der rechtsgleichen Be- steuerung	42
III Varianten zur Milderung oder Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung	44
1. Allgemeines	44
2. Massnahmen auf Stufe Aktiengesellschaft	44
2.1. Abzug einer Normaldividende	44
2.2. Anwendung eines gespaltenen Steuer- satzes oder eines Zweistufentarifes	44
3. Massnahmen auf Stufe Aktionär	45
IV Die wirtschaftliche Doppelbelastung im Entwurf zum Bundesgesetz über die Harmoni- sierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bun- dessteuer	46
1. Vorgeschlagene Regelung	46
2. Bundesrätliche Rechtfertigung der wirt- schaftlichen Doppelbelastung	46
2.1. Fehlende Verfassungsgrundlage im Bereich der Steuerharmonisierung	46
2.2. Materielle Argumente	47
3. Kritik an der bundesrätlichen Haltung	47
3.1. Die Problematik der verfassungs- mässigen Grundlage für den Bereich der Steuerharmonisierung	47
3.2. Steuerbelastungsvergleich zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär einerseits sowie Personengesell- schafter andererseits	49

3.3. Steigende Zahl von Aktiengesellschaften	51
V Internationaler Vergleich	51
1. Allgemeine Situation	51
2. International praktizierte Massnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung	52
3. Internationale Tendenzen	53
VI Würdige Zusammenfassung	53
2. Teil: Aktien ertrag als Steuerobjekt - Umfang und Grenzen	54
1. Kapitel: Einleitung	54
2. Kapitel: Subsumption der vermögensmässigen Rechte des Aktionärs unter den steuerrechtlichen Tatbestand des Beteiligungsertrages	55
§ 1 Dividenden	55
I Zivilrechtlicher Begriff	55
II Steuerliche Erfassung	55
§ 2 Bauzinsen	56
I Zivilrechtlicher Begriff	56
II Rechtliche Qualifikation	57
III Steuerliche Erfassung	58
1. Allgemeines	58
2. Zuordnung und Besteuerung	58
§ 3 Bezugsrecht	60
I Zivilrechtlicher Begriff	60
II Abgrenzung der Ausgabe von Bezugsrechten von der Ausgabe der Gratisaktien oder der Gratisnennwerterhöhung aus der Sicht der Gesellschaft	61
III Steuerliche Erfassung	62
1. Massgeblicher Anknüpfungspunkt	62
2. Ausübung des Bezugsrechts durch den Aktionär selbst	62
3. Veräusserung des Bezugsrechts	63
§ 4 Benützung gesellschaftlicher Anlagen	64
I Allgemeines	64
II Steuerliche Erfassung	64
1. Grundsatz	64
2. Ausnahme	65
§ 5 Liquidationsgewinn	66
I Zivilrechtlicher Begriff	66
1. Allgemeines	66
2. Ablauf	66
II Steuerliche Erfassung	67



1. Qualifikation des Liquidationsgewinnes aus steuerlicher Sicht - Vermögensertrag oder Kapitalgewinn	67
1.1. Rückblick auf die entscheidenden Abgrenzungskriterien	67
1.2. Schwierigkeiten der Zuordnung	67
1.3. Positive Gesetzesordnungen	68
2. Liquidationsgewinnbesteuerung im Recht der direkten Bundessteuern	68
2.1. Stellung der Verwaltung und Justiz	68
2.2. Stellung der Doktrin	69
2.3. Würdigende Zusammenfassung	70
3. Liquidationsgewinnbesteuerung im zürcherischen Einkommenssteuerrecht	71
3.1. Ordnung bis 1970	71
3.2. Ordnung nach 1970	71
3.2.1. Praxisänderung	71
3.2.2. Begründung des Verwaltungsgerichts zur Praxisänderung	72
3.2.3. Kritik	73
3.2.3.1. Vorrang der Vermögensertragsbesteuerung vor der Kapitalgewinnbesteuerung	73
3.2.3.2. Gleichbehandlung von thesaurierten mit laufend ausgeschütteten Gewinnen	73
3.2.3.3. Uebernahme der bundessteuerlichen Regelung	74
3.2.3.4. Behandlung der Differenz zwischen Erwerbspreis und tieferem Nominalwert als Kapitalverlust	75
3.2.4. Folgerung	76
4. Bemessung des steuerbaren Liquidationsgewinnes	77
4.1. Allgemeines	77
4.2. Gewinnbemessung im Rahmen der Behandlung als Kapitalgewinn	77
4.3. Gewinnbemessung im Rahmen der Behandlung als Beteiligungsertrag	78
4.3.1. Das Nennwertprinzip	78
4.3.1.1. Begriff	78
4.3.1.2. Begründung	78
4.3.2. Infragestellung des Nennwertprinzips	80
4.3.2.1. Allgemeines	80
4.3.2.2. Berücksichtigung der auf Reserven geleisteten Einlagen	80
4.3.2.3. Erste Korrektur des Nennwertprinzips	82
4.3.2.4. Berücksichtigung des Erwerbspreises	83
4.3.2.5. Zweite Korrektur des Nennwertprinzips und Fazit	85
III Ausdehnung des Liquidationsgewinntatbestandes	86

3. Kapitel: Geldwerte Leistungen	87
§ 1 Begriff der geldwerten Leistung	87
I Geldwerte Leistungen als objektives Tatbestandselement des Beteiligungsertrages	87
II Bedeutung des Begriffs der geldwerten Leistung	87
§ 2 Verdeckte Gewinnausschüttungen im allgemeinen	88
I Einleitende Bemerkungen	88
1. Aeussere Merkmale einer verdeckten Gewinnausschüttung	88
2. Vermischung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen als Ursache der verdeckten Gewinnausschüttung	89
2.1. Ausgangslage	90
2.2. Leistungen aufgrund schuldrechtlicher Beziehungen	91
2.3. Kapitalentnahmen aufgrund mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen	90
2.4. Motive zur Vermischung der beiden Bereiche	91
2.4.1. Aktionär ist eine natürliche Person	91
2.4.1.1. Wirtschaftliche Motive	91
2.4.1.2. Steuerliche Motive	91
2.4.2. Aktionär ist eine juristische Person	92
2.4.2.1. Wirtschaftliche Motive	92
2.4.2.2. Steuerliche Motive	92
2.5. Zwang zur Trennung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen	93
3. Verdeckte Gewinnausschüttung als zivilrechtswidriger Vorgang	94
4. Fiktion als Grundlage der Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung	95
II Analyse des Begriffes der verdeckten Gewinnausschüttung	96
1. Klassische Begriffsbestimmung	96
1.1. Die drei steuerbegründenden Kriterien der bundesgerichtlichen Definition	96
1.2. Analyse der drei Kriterien	97
1.2.1. Die objektiven Tatbestandselemente	97
1.2.1.1. Leistung ohne angemessene Gegenleistung	97
1.2.1.1.1. Allgemeines	97
1.2.1.1.2. Verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne	98
1.2.1.1.3. Gewinnvorwegnahme	98
1.2.1.2. Direkte oder indirekte Begünstigung eines Aktionärs	99
1.2.1.3. Würdigung	99

1.2.2. Das subjektive Tatbestandselement der Erkennbarkeit	100
1.2.2.1. Umschreibung	100
1.2.2.2. Würdigung	101
1.2.2.2.1. Auswirkungen des subjektiven Elementes	101
1.2.2.2.2. Rückblick auf die gesetzliche Grundlage	101
1.2.2.2.3. Das Problem der Abgrenzung geschäftlich ungeschickter Dispositionen	102
1.2.2.2.4. Verdeckte Gewinnausschüttung als rein wirtschaftlicher Vorgang	103
1.2.2.2.5. Postulat	103
2. Entwicklung der bundesgerichtlichen Argumentation	104
3. Die Theorie der verdeckten Gewinnausschüttung in der Doktrin	105
3.1. Allgemeines	105
3.2. Unveränderte Uebernahme der drei klassischen Begriffselemente	106
3.3. Zusätzliches objektives Erfordernis der massgeblichen Beteiligung	106
3.3.1. Umschreibung	106
3.3.2. Würdigung	107
3.4. Abkehr vom subjektiven Element der Erkennbarkeit	108
3.4.1. Allgemeines	108
3.4.2. Würdigung	108
4. Uebersicht über die Arten der geldwerten Leistungen	109
III Gesetzliche Grundlage zur steuerlichen Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung	110
1. Theorie von Imboden	110
2. Gesetzliche Grundlage anhand teleologischer Auslegung des steuerrechtlichen Reinertragstatbestandes	110
3. Einfluss der Handelsrechtswidrigkeit verdeckter Gewinnausschüttungen auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage	112
3.1. Massgeblichkeitsprinzip	112
3.2. Einfluss der Handelsrechtswidrigkeit im einzelnen	112
IV Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung	114
1. Allgemeines	114
2. Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschafter	114
3. Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschaft	116
V Zeitlicher Eintritt der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung	116
1. Eintritt der Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschaft	116
1.1. Allgemeines	116
1.2. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels überhöhtem Aufwand	117

1.3. Verdeckte Gewinnausschüttung unter Verzicht auf Ertrag	117
1.4. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels Belastung eines aktiven Bestandeskontos	118
1.5. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels Veräußerung von Gesellschaftsaktiven unter dem Verkehrswert	119
1.6. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels Belastung eines passiven Bestandeskontos	119
2. Eintritt der Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschafter	120
2.1. Herrschende Praxis und Doktrin	120
2.2. Würdigung	121
2.2.1. Der steuerrechtliche Realisationsbegriff	121
2.2.1.1. Funktion des Realisationsbegriffes	121
2.2.1.2. Der allgemeine Realisationsbegriff	121
2.2.1.3. Realisation von Beteiligungserträgen im allgemeinen	121
2.2.2. Realisation von verdeckten Gewinnausschüttungen im besonderen	122
2.2.2.1. Rückerstattungsanspruch der leistenden Gesellschaft	122
2.2.2.2. Auswirkungen des Rückerstattungsanspruchs auf den Forderungserwerb	123
2.2.2.3. Auswirkungen des fehlenden Forderungserwerbs auf die Realisation	124
VI Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen	124
1. Bemessung als Kernproblem	124
2. Bundesgerichtliches Vorgehen zur Bemessung von Leistung und Gegenleistung	125
2.1. Kombination von "Soll-" und "Ist-Besteuerung" bis zum Fall Bellatrix	125
2.1.1. Anwendung der "Soll-Besteuerung"	125
2.1.2. Anwendung der "Ist-Besteuerung"	126
2.2. Abkehr von der "Soll-Besteuerung" mit dem Fall Bellatrix	127
3. Dealing at arm's length	129
4. Problematik der neuen bundesgerichtlichen Optik	130
5. Auswirkungen der bundesgerichtlichen Praxisänderung	131
5.1. Auswirkungen auf die Besteuerung der Mieter-Aktiengesellschaften	131
5.1.1. Allgemeine Auswirkungen	131
5.1.2. Auswirkungen auf die Besteuerung von Immobiliengesellschaften mit Luxusobjekten	132
5.2. Auswirkungen auf die Zinssätze für die Berechnung geldwerter Leistungen	134

5.2.1. Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung	134
5.2.2. Notwendige Korrekturen	135
5.2.2.1. Korrektur der gewinngaran- tierenden Zinssätze	135
5.2.2.2. Korrektur der übrigen Zins- sätze	136
5.3. Auswirkungen auf die Praxis zur Besteuerung von Dienstleistungs- gesellschaften	136
VII Rückgängigmachung verdeckter Gewinn- ausschüttungen mittels nachträglicher Korrektur	138
1. Problematik	138
2. Herrschende Praxis und Doktrin	139
2.1. Vorliegen eines Bilanzberichti- gungsgrundes	139
2.2. Vornahme einer Bilanzänderung	140
3. Würdigung	142
3.1. Allgemeines	142
3.2. Folgerungen	143
4. Steuerklauseln als besondere Form der Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen	144
4.1. Begriff	144
4.2. Rechtliche Qualifikation von Steuerklauseln	145
4.3. Wirkungen der einzelnen Arten von Steuerklauseln	146
4.3.1. Steuerklausel als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages	146
4.3.2. Steuerklausel als Resolutivbe- dingung mit Wirkung ex nunc	146
4.3.3. Steuerklausel als Resolutivbe- dingung mit Wirkung ex tunc	147
4.3.4. Steuerklausel als Suspensivbe- dingung	147
VIII Das Problem des "corresponding" und des "secondary adjustment"	149
1. Corresponding adjustment	149
1.1. Problematik	149
1.2. Begriff	149
1.3. Ausmass der Problematik	150
1.4. Anforderungen an die Gewährung eines corresponding adjustment	150
1.4.1. Allgemeines	150
1.4.2. Verfahrens- und kollisionsrecht- liche Fragen	151
1.5. Exkurs in den Bereich der Ver- rechnungssteuer	154
2. Secondary adjustment	155
2.1. Problematik	155
2.2. Begriff	155
2.3. Steuerfolgen	156

IX	Das Problem der Gesamtbetrachtung	158
	1. Problematik	158
	2. Herrschende Praxis	158
	3. Doktrin	160
	4. Würdigung	160
	4.1. Ausgangspunkt	160
	4.2. Weiter Begriff der Adäquanz im Steuerrecht	161
	4.3. Auswirkungen des weiten Adäquanzbegriffes	161
	4.4. Sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang als Voraussetzung der Gesamtbetrachtung	162
	4.4.1. Ausdrückliche Erklärung der Parteien	162
	4.4.2. Fehlen einer ausdrücklichen Parteierklärung	162
	4.4.3. Zeitliche Konnexität als unwesentliches Kriterium	163
	5. Schlussbemerkungen	164
X	Verdeckte Gewinnausschüttungen an nahestehende Personen	165
	1. Problematik	165
	2. Würdigung	165
	3. Dreieckstheorie	166
	4. Steuerfolgen des Dreiecksvorganges	167
	4.1. Direkte Steuern	167
	4.1.1. Steuerfolgen bei der leistenden Gesellschaft	167
	4.1.2. Steuerfolgen beim Aktionär	168
	4.1.2.1. Allgemeines	168
	4.1.2.2. Beteiligung im Privatvermögen des Aktionärs	168
	4.1.2.3. Beteiligung im Geschäftsvermögen des Aktionärs	169
	4.1.3. Steuerfolgen bei der Empfängerin der Leistung	170
	4.1.3.1. Aktiengesellschaft als Empfängerin	170
	4.1.3.2. Natürliche Person als Empfängerin	170
	4.2. Verrechnungssteuer	170
	4.3. Stempelsteuer	171
§ 3	Beispiele verdeckter Gewinnausschüttungen	172
I	Einleitende Bemerkungen	172
II	Entschädigungen für Arbeitsleistungen	173
	1. Art der zu berücksichtigenden Entschädigungen	173
	2. Beurteilungskriterien	174
	2.1. Stellung des Aktionärs innerhalb seiner Gesellschaft	174
	2.2. Innerbetrieblicher Lohnvergleich	175
	2.3. Salärpolitik der Gesellschaft	175
	2.4. Kontinuität der Bezüge	177
	2.5. Finanzielle Stellung der Gesellschaft	177

2.6. Vergleich mit den Bezügen eines Personengeschafters oder Einzelunternehmers	178
2.7. Vergleich mit Lohnzahlungen von Konkurrenzunternehmungen	179
2.8. Umweltfaktoren	180
III Entnahme von Geschäftsvermögen zu privaten Zwecken	180
IV Vergütungen im Rahmen von Kaufgeschäften	182
V Bezahlung von Lizenzen	183
VI Mietzinsen	184
VII Darlehensverträge	186
1. Einführung	186
1.1. Zivilrechtliche Grundlagen	186
1.2. Steuerrechtliche Grundlagen	188
2. Beurteilungskriterien	188
2.1. Darlehenszinsen	188
2.1.1. Allgemeines	188
2.1.2. Kriterien im einzelnen	190
2.1.3. Unwesentliche Faktoren	192
2.2. Darlehensgewährung	194
2.2.1. Allgemeines	194
2.2.2. Kriterien im einzelnen	195
VIII Geldwerte Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen	200
1. Allgemeines	200
1.1. Problem	200
1.2. Lösung des Bundesgerichts	200
1.3. Würdigung der bundesgerichtlichen Ausführungen	201
1.4. Zusammenfassung	202
2. Kriterien zur Bestimmung von Verrechnungspreisen	203
2.1. Allgemeines	203
2.2. Kriterien im einzelnen	205
2.2.1. Grundsatz	205
2.2.2. Kriterien der OECD	205
2.2.2.1. Warenverkäufe	205
2.2.2.2. Patente, Know-how und Warenzeichen	206
2.2.2.3. Dienstleistungen	207
2.2.2.4. Kredite	209
3. Gewinnelement und Verrechnungspreise	209
3.1. Problem	209
3.2. Stellungnahme der OECD	210
3.3. Würdigung	210
3.4. Fazit	211
4. Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft	212
4.1. Problem	212
4.2. These der verdeckten Gewinnausschüttung	213
4.3. Bundesgerichtliche Rechtfertigung der geltenden Konzeption	214
4.4. Würdigung	215

4. Kapitel: Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhung	217
§ 1 Problem	217
§ 2 Gratisaktien bei der direkten Bundessteuer	217
I Praxis	217
II Bundesgerichtliche Rechtfertigung	218
III Kritik der Doktrin an der bundesgerichtlichen Praxis	220
IV Würdigung	225
1. Einleitung	225
2. Bedeutung des Willens des historischen Gesetzgebers	225
2.1. Allgemeines	225
2.2. Legalitätsprinzip und Auslegungsmethoden	226
2.2.1. Legalitätsprinzip	226
2.2.2. Auslegungsmethoden	226
2.3. Folgerung	227
3. Schlussbetrachtung	228
§ 3 Gratisaktien im Kanton Zürich	228
I Praxis	228
1. Alte Praxis	228
2. Neue Praxis	229
II Erfassung der Gratisaktien im Liquidationsfall	229
1. Allgemeines	229
2. Möglichkeiten	230
5. Kapitel: Transponierungs- und Liquidationsfälle	232
§ 1 Problem	232
§ 2 Transponierungstheorie	233
I Entwicklung der Rechtsprechung	233
1. St. Galler Fall von 1967	233
2. Zürcher Fall von 1973	234
3. Berner Fall von 1975	236
4. Zürcher Verwaltungsgerichtsentscheid vom 27. Oktober 1982	239
5. Erster Transponierungsfall zweier Zürcher Brüder	240
5.1. Der Mehrheitsaktionär	240
5.2. Der Minderheitsaktionär	242
6. Zweiter Transponierungsfall zweier Zürcher Brüder	243
II Doktrin	245
1. Allgemeines	245
2. Kritiker der Transponierungstheorie	245
2.1. Känzig	245
2.2. Böckli	246
2.3. Höhn	247
2.4. Ryser	248
2.5. Scherrer	248
2.6. Bühler	249

2.7. Vallender	250
2.8. Locher	250
3. Anhänger der Transponierungstheorie	251
3.1. Dubs	251
3.2. Banderet	252
3.3. Noher	253
III Würdigung	254
1. Definition der Transponierung	254
2. Steuerumgehung und wirtschaftliche Betrachtungsweise	255
2.1. Allgemeines	255
2.2. Abgrenzung	255
2.2.1. Steuerumgehung	255
2.2.2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise	256
2.2.2.1. Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Sinne des Bundesgerichts	258
2.2.2.2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Doktrin	263
2.2.2.3. Würdigung	264
2.2.3. Zusammenfassung	265
2.3. Kritik an der Transponierungstheorie	265
2.3.1. Kritik im allgemeinen	265
2.3.1.1. Einleitung	265
2.3.1.2. Begründung	265
2.3.1.2.1. Rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär	266
2.3.1.2.2. Teleologische und historische Auslegung des Beteiligungsertragstatbestandes	269
2.3.2. Problem der Beherrschung der erwerbenden Gesellschaft	269
2.3.2.1. Rechtsprechung und Praxis	271
2.3.2.2. Kritik	272
2.3.3. Berechnung des Steuerobjektes	274
IV Exkurs: Transponierung und Verrechnungssteuer	275
5 3 Liquidationsfälle	275
I Einleitende Bemerkungen	275
II Teilliquidationstheorie	275
1. Uebersicht über die Rechtsprechung	275
1.1. Abschreibung auf zurückgekauften Aktien	276
1.2. Rückkauf eigener Aktien mit anschliessender fiduziarischer Uebertragung auf einen Treuhänder	277
1.3. Zürcher Rückkaufsfall eigener Aktien mit kurz darauf folgender formeller Kapitalherabsetzung	278
1.4. Aargauer Steuerumgehungsfall	280
1.5. Berner Fall der Veräusserung von Aktien an eine fremde Holdinggesellschaft	281
1.6. Zürcher Kaffee-Holding Fall	

2. Doktrin	284
2.1. Locher	284
2.2. Vallender	286
2.3. Bühler	286
3. Würdigung	288
3.1. Uebersicht	288
3.2. Theorie der direkten Teilliqui- dation	288
3.2.1. Begriff der direkten Teil- liquidation	288
3.2.2. Steuerliche Behandlung der direkten Teilliquidation	289
3.2.2.1. Grundsatz	289
3.2.2.2. Rückkauf eigener Aktien	289
3.2.2.2.1. Rückkauf eigener Aktien mit Kapitalherabsetzung	289
3.2.2.2.2. Rückkauf eigener Aktien ohne Kapitalherabsetzung	290
3.2.2.2.3. Zusammenfassung	292
3.2.2.3. Zürcher Kaffee-Holding Fall	293
3.2.2.3.1. Allgemeines	293
3.2.2.3.2. Kritik	293
3.3. Theorie der indirekten Teilliqui- dation	296
3.3.1. Begriff	296
3.3.2. Steuerliche Behandlung	297
3.4. Schlussbetrachtungen	298
III Faktische Liquidation, insbesondere der Mantelhandel	299
1. Problem	299
2. Steuerfolgen des Mantelhandels	301
2.1. Allgemeines	301
2.2. Emissionsabgabe	301
2.3. Verrechnungssteuer	303
2.4. Direkte Steuern	304
6. Kapitel: Das verdeckte Eigenkapital	307
§ 1 Begriff	307
§ 2 Freiheit bei der Finanzierung einer Aktien- gesellschaft	307
§ 3 Steuerumgehung als Grundlage der Erfassung verdeckten Eigenkapitals	309
I Steuerumgehung im allgemeinen	309
1. Begriff der Steuerumgehung	309
2. Charakteristikum der Steuerum- gehung	310
II Steuerumgehung im Bereich der Finan- zierung einer Aktiengesellschaft	311
1. Allgemeines	311
2. Die drei Elemente der Steuerumgehung bezogen auf die Fremdfinanzierung	311
2.1. Ungewöhnliches Finanzierungsver- hältnis	311
2.1.1. Einleitende Bemerkungen	311

2.1.2.	Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung bezüglich ver- decktem Eigenkapital	312
2.1.3.	Uebernahme der Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung durch Praxis und Doktrin	313
2.1.4.	Würdigung der drei Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung	313
2.2.	Steuerersparnis	315
2.3.	Absicht der Steuerersparnis	316
§ 4	Ersatztatbestände als Grundlage der Erfassung verdeckten Eigenkapitals	317
I	Zwölf kantonale Regelungen	317
II	Auswirkungen	317
§ 5	Ermittlung von verdecktem Eigenkapital im Rahmen der Steuerumgehungspraxis	318
I	Grundsätze im Merkblatt der Eidgenös- sischen Steuerverwaltung betreffend Immobilien Gesellschaften	318
II	Verdecktes Eigenkapital bei Handels- und Fabrikationsunternehmen	319
III	Verdecktes Eigenkapital bei Finanzgesell- schaften	320
§ 6	Rechtsfolgen beim Vorliegen verdeckten Eigen- kapitals	322
I	Rechtsfolgen im allgemeinen	322
II	Rechtsfolgen bei der borgenden Aktien- gesellschaft	322
1.	Steuerbares Kapital	322
2.	Verhältniskapital	323
3.	Steuerbarer Reinertrag	324
3.1.	Allgemeines	324
3.2.	Umfang der Aufrechnung	324
3.2.1.	Problem	324
3.2.2.	Stellung von Praxis und Doktrin	325
3.2.2.1.	Praxis	325
3.2.2.2.	Doktrin	327
3.2.3.	Würdigung	327
III	Rechtsfolgen beim leihenden Aktionär	328
1.	Rechtsfolgen im allgemeinen	328
2.	Verfahrens- und kollisionsrechtliche Fragen	329
§ 7	Sicherstellung von Fremdkapital durch einen Aktionär	329
I	Problem	329
II	Praxis	330
III	Würdigung	331
1.	Allgemeines	331
2.	Kritik	332
3.	Rechtliche Konsequenzen der vom Bundesgericht inspirierten Fiktion	335
IV	Schlussfolgerung	337

§ 8	Das verdeckte Eigenkapital de lege ferenda	338
I	Regelung im Entwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer	338
II	Bundesrätliche Rechtfertigung	338
III	Kritik	339

Abkürzungsverzeichnis

A	Auflage
a.a.O.	am angeführten Ort
Abs.	Absatz
a.E.	am Ende
AG	Aktiengesellschaft
AGVE	Aargauische Gerichts- und Verwaltungs- entscheide
a.M.	anderer Meinung
Art	Artikel
ASA	Archiv für Schweizerisches Abgaberecht
BBJ	Bundesblatt
Bd	Band
BdBSt	Bundesbeschluss über die direkte Bundessteuer (SR 642.11)
BGr	Bundesgericht
BGE	Bundesgerichtsentscheid
BV	Schweizerische Bundesverfassung
CG	Coupongesetz
DBA	Doppelbesteuerungsabkommen
DBG	Entwurf zu einer direkten Bundessteuer
d.h.	das heisst
E	Entscheid
Ergbd	Ergänzungsband
ESTV	Eidgenössische Steuerverwaltung
FN	Fussnote
gl.M.	gleicher Meinung
GmbH	Gesellschaft mit beschränkter Haftung
GV	Geschäftsvermögen
GVP	St. Gallische Gerichts- und Ver- waltungspraxis i.S. im Sinne
Ko	Kommentar
KStV	Kantonale Steuerverwaltung
Kt	Kanton
KV	Kantonsverfassung
lit	litera
m.a.W.	mit anderen Worten
N	Note
n.publ.	nicht publiziert
Nr.	Nummer
NZZ	Neue Zürcher Zeitung
OECD	Organisation for Economic Cooperation and Development
OR	Schweizerisches Obligationenrecht vom 30. März 1911
ORK	Oberrekurskommission
Pra	Die Praxis des Bundesgerichts
PV	Privatvermögen

RB	Rechenschaftsbericht der Oberrekurskommission, ab 1960 des Verwaltungsgerichts
Recht	Recht: Zeitschrift für juristische Ausbildung und Praxis
resp	respektive
RHB	Revisionshandbuch der Schweiz
S.	Seite
SAG	Die Schweizerische Aktiengesellschaft: Zeitschrift für Rechts, Steuer- und Wirtschaftsfragen der Aktiengesellschaft
SJZ	Schweizerische Juristenzeitung
SR	Systematische Sammlung des Bundesrechts
ST	Schweizerischer Treuhänder
StE	Der Steuerentscheid
StG	Steuergesetz
StHG	Entwurf zur Harmonisierung der Steuern der Kantone und Gemeinden
StR	Steuer Revue
Uebgbest	Uebergangsbestimmungen
vgl.	vergleiche
VGr	Verwaltungsgericht
VO	Verordnung
VSt	Verrechnungssteuer
VStG	Bundesgesetz über die Verrechnungssteuer (SR 642.21)
VV	Vollziehungsverordnung
WStB	Bundesratsbeschluss über die Erhebung einer Wehrsteuer (Wehrsteuerbeschluss)
z.B.	zum Beispiel
ZBJV	Zeitschrift des bernischen Juristenvereins
ZBl	Schweizerisches Zentralblatt für Staats- und Gemeindeverwaltung
ZGB	Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907
Ziff.	Ziffer
ZR	Blätter für zürcherische Rechtsprechung
ZSR	Zeitschrift für Schweizerisches Recht, Neue Folge

Die Kantone werden gemäss ihren Autokennzeichen abgekürzt.

Literaturverzeichnis

Die nachstehende Literatur wird nur mit dem Verfassernamen zitiert. Abweichungen hievon sind speziell angemerkt.

Beiträge aus Zeitschriften und Periodikas sind hier nicht aufgelistet.

- | | |
|--------------|---|
| Blumenstein: | System des Steuerrechts, 3. A., Zürich 1971. |
| Blumer/Graf: | Kaufmännische Bilanz und Steuerbilanz, 8. A., Zürich 1983. |
| Böckli: | Aktienrechtliches Sondervermögen und Darlehen, Festschrift Frank Vischer, Zürich 1983, S. 527 ff (Zit.: Böckli, in Aktienrechtliches Sondervermögen). |
| Boemle: | Wertpapiere des Zahlungs- und Kreditverkehrs sowie der Kapitalanlage, 6. A., Zürich 1983. |
| Bossard: | Die kaufmännische Buchführung, Zürich 1984 (Zit.: Bossard, ZH Ko, ZH 1984). |
| Bosshardt: | Die neue zürcherische Einkommens- und Vermögenssteuer, Zürich 1952. |
| Botschaft: | Zu Bundesgesetzen über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer vom 25. Mai 1983 (Separatdruck). |
| Bourquin: | Steuerrechtliche Probleme beim Handel mit Aktienmängeln, Entlebuch 1985 |
| Bühler: | Steuerfolgen von Aenderungen im Bestand der Beteiligten bei Unternehmungen, Bern 1986. |

- Bürgi: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1957 und 1969 (Zit.: Bürgi, ZH Ko, ZH 1957 resp. ZH 1969).
- Burki: Das verdeckte Eigenkapital im schweizerischen Steuerrecht, Bern 1984.
- Cagianut/Höhn: Unternehmungssteuerrecht, Bern 1986.
- Christen: Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen im basellandschaftlichen und baselstädtischen Steuerrecht, Basel und Frankfurt am Main 1983.
- Dubs: Wirtschaftliche Betrachtungsweise und Steuerumgehung, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 569 ff.
- Egger: Die Besteuerung der Holdinggesellschaft unter besonderer Berücksichtigung des Steuerrechts des Kantons Zürich und des Bundes, Zürich 1976.
- European Taxation: Herausgegeben von: International Bureau of Fiscal Documentation, Amsterdam.
- Forstmoser/
Meier-Hayoz: Einführung in das schweizerische Aktienrecht, 2. A., Bern 1980.
- Fuistings: Die preussischen direkten Steuern, IV. Band, Grundzüge der Steuerlehre, Berlin 1902.
- Gemperli: Finanztheoretischer und finanzpolitischer Einkommensbegriff, Freiburg 1923.
- Guhl/Merz/Kummer: Das schweizerische Obligationenrecht, 7. A., Zürich 1980.
- Gutachten: Zur Frage der Milderung der steuerlichen Doppelbelastung von Aktiengesellschaft und Aktionär, verfasst von einer Expertenkommission, herausgegeben von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften, Basel 1982, (n. publ.).

- Häfelin/Haller: Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1984.
- Hangartner: Grundzüge des schweizerischen Staatsrechts, 2 Bände, Zürich 1980.
- Helbling: Unternehmungsbewertung und Steuern, 4. A., Düsseldorf 1982.
- Höhn: Steuerrecht, 5. A., Bern 1986 (Zit.: Höhn Bd 8)
- Höhn: Die Besteuerung der privaten Gewinne (Kapitalgewinnbesteuerung), Winterthur 1955 (Zit.: Höhn, Kapitalgewinne).
- Höhn: Interkantonales Steuerrecht, Bern 1983 (Zit.: Höhn, IKStR).
- Höhn: Handbuch des internationalen Steuerrechts der Schweiz, Bern 1984 (Zit.: Höhn, INSTR).
- Höhn/Heusel/Käppeli: Das Einkommenssteuerrecht der Kantone - eine vergleichende Darstellung der kantonalen Gesetzesbestimmungen, Bern 1972 (Zit.: Höhn Bd 5).
- Imboden/Rhinow: Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, 2 Bände, 5. A., Basel 1976.
- Käfer: Die kaufmännische Buchführung, 2 Bände, Bern 1981 (Zit.: Käfer, BE Ko, BE 1981).
- Käfer: Besteuerung von Aktien-Bezugsrechten, in Festschrift Hans Fritzsche, ZH 1952, S. 59 ff (Zit.: Käfer, Besteuerung von Aktienbezugsrechten).
- Känzig: Die Eidgenössische Wehrsteuer (Direkte Bundessteuer), 2. A., Basel 1982 (Zit.: Känzig 2. A.).
- Känzig: Die Eidgenössische Wehrsteuer, Ergänzungsband, 2. A., Basel 1972.
- Känzig: Die Eidgenössische Wehrsteuer, Basel 1962.
- Känzig: Die Aktiengesellschaft im Einkommenssteuersystem, Bern 1953.

- Känzig: Grundfragen des Unternehmungssteuerrechts, Basel 1983 (Zit.: Känzig, Grundfragen).
- Keller/Schöbi: Das Schweizerische Schuldrecht, Band I, Allgemeine Lehren des Vertragsrechts, Basel 1982.
- Knapp: Grundlagen des Verwaltungsrechts, 2. A., Basel und Frankfurt am Main 1983.
- Knobbe-Keuk: Bilanz- und Unternehmenssteuerrecht, 4. A., Köln 1983.
- Läubli: Die Steuerumgehung, Zürich 1975.
- Locher: Grenzen der Rechtsfindung im Steuerrecht, Bern 1983.
- Locher/Meier/
von Siebenthal: Doppelbesteuerungsabkommen Schweiz - Deutschland 1971 und 1978.
- Masshardt: Kommentar zur direkten Bundessteuer, 2. A., Zürich 1985.
- Meier-Hayoz/
Forstmoser: Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 4. A., Bern 1981.
- Meili: Die Steuerumgehung im schweizerischen Recht der direkten Steuern, Winterthur 1976.
- Mühlebach/Bürgi: Kommentar zum Aargauischen Aktiensteuergesetz, Brugg 1982.
- Oesch: Die steuerliche Behandlung der Wertzuwachsgewinne auf dem beweglichen Privatvermögen, Bern 1975 (Zit.: Oesch M.P.).
- Oesch: Die Holdingbesteuerung in der Schweiz, Zürich 1976.
- Pestalozzi: Die verdeckte Gewinnausschüttung im Steuerrecht, Zürich 1947.
- Peyer: Die Einkommenssteuer auf Gratisaktien und Genussscheinen, Aarau 1936.

- Pfund: Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, I. Teil, Einleitung und Erläuterungen zu Art. 1 bis 20 des Gesetzes, Basel 1971 (Zit.: Pfund Bd I).
- Pfund/Zwahlen: Die Eidgenössische Verrechnungssteuer, II. Teil, Erläuterungen zu Art. 21 bis 33 des Gesetzes, Basel 1985 (Zit.: Pfund/Zwahlen Bd II).
- Praxis der Bundessteuern: Herausgegeben von: Verlag für Recht und Gesellschaft AG, Basel.
- Probst: Die verdeckte Gewinnausschüttung nach schweizerischem Handelsrecht, Zürich 1981.
- Prym: Die verdeckte Gewinnausschüttung, St. Gallen 1976.
- Reimann/Zuppinger/Schärner: Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, 4 Bände, Bd 1, Bern 1961, Bd 2, Bern 1963, Bd 3, Bern 1969, Bd 4, Bern 1966.
- Revisionshandbuch der Schweiz: Herausgegeben von: Schweizerische Treuhand- und Revisionskammer.
- Rouiller: Protokoll der Konferenz Direkte Bundessteuer 1985, S. 61 ff (Zit.: Rouiller, in Protokoll 1985).
- Russi: Die Gewinnverschiebung, insbesondere bei Partnerwerken der Elektrizitätswirtschaft, und die Frage einer Sonderbesteuerung, Zürich 1979.
- Ryser: Réflexions sur la notion de revenu, in Mélanges Henri Zwahlen, Lausanne 1977, S. 665 ff (Zit.: Ryser, in Réflexions).
- Saurer: Protokoll der Wehrsteuer-Konferenz 1971, S. 45 ff (Zit.: Saurer, in Protokoll 1971).
- Schanz: Der Einkommensbegriff und die Einkommenssteuergesetze, in Finanzarchiv Bd XIII, 1896.
- Schärner: Verfahrensrecht und Steuereinschätzung, Zürich 1981.

- Schucany: Kommentar zum schweizerischen Aktienrecht, 2. A., Zürich 1960.
- Schuster: Das Einkommen, Tübingen 1926.
- Schütz: Einmalige Wertzugänge in der Einkommensbesteuerung, Zürich 1953.
- Siegwart: Das Obligationenrecht, 5. Teil: Die Aktiengesellschaft, Zürich 1945 (Zit.: Siegwart ZH Ko, ZH 1945).
- Stockar: Uebersicht und Fallbeispiele zu den Stempelabgaben und zur Verrechnungssteuer, Basel 1983.
- Studer: Bilanzsteuerrecht, Basel 1968.
- Troller/Troller: Kurzlehrbuch des Immaterialgüterrechts, 2. A., Basel 1981.
- Tuor/Schnyder: Das schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. A., Zürich 1979.
- Ulrich: Die Besteuerung der Familienaktiengesellschaft, Zürich 1980.
- von Greyerz: Die Aktiengesellschaft, in Schweizerisches Privatrecht, Band VIII/2, Basel und Frankfurt am Main 1982.
- von Greyerz: Kapitalersetzende Darlehen, in Festschrift Frank Vischer, Zürich 1983, S. 547 ff (Zit.: von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen).
- von Steiger: Das Recht der Aktiengesellschaft in der Schweiz, 3. A., Zürich 1966.
- von Tuhr/Peter: Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Band, 3. A., Zürich 1979.
- von Thur/Escher: Allgemeiner Teil des schweizerischen Obligationenrechts, 2. Band, 3. A., Zürich 1974.
- Wackernagel: Die Besteuerung der Gratisaktien in rechtsstaatlicher Sicht, in Demokratie und Rechtsstaat, Zürich 1953, (Zit.: Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat).
- Weidmann: Wegweiser durch das St. Gallische Steuerrecht, 3. A., Bern 1979.

- Würth: Kapitaleinlagen, sonstige Kapitalzuführungen und steuerbare Erträge bei Kapitalgesellschaften, Schaffhausen 1973.
- Wyss: Der Einkommensbegriff im Schweizerischen Steuerrecht, Bern 1937.
- Zindel: Bezugsrechte in der Aktiengesellschaft, Zürich 1984.
- Zuppinger: Steuerrecht I, Vorlesungsskriptum, Zürich 1984 (Zit.: Zuppinger, Vorlesungsskriptum I).
- Zuppinger/Böckli/
Locher/Reich: Steuerharmonisierung, Bern 1984.
- Zuppinger/Schärer/
Fessler/Reich: Kommentar zum Zürcher Steuergesetz, Ergänzungsband, 2. A., Bern 1983.

EINLEITUNG

Sämtliche Schweizerischen Einkommenssteuergesetze erheben den Aktienertrag zum Steuerobjekt. In den Grundzügen decken sich die 27 Ordnungen.

Für eine erste Grobanalyse des Steuerobjektes "Aktien-ertrag" kann die bundesrechtliche Regelung beigezogen werden.

Diese umschreibt den Aktienertrag folgendermassen:

"...; als Gewinnanteile aus Beteiligungen gelten alle durch Zahlung, Ueberweisung, Gutschrift, Verrechnung oder auf andere Weise bewirkten geldwerten Leistungen der Gesellschaft ... an die Inhaber gesellschaftlicher Beteiligungsrechte, die keine Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile darstellen." ¹⁾

Es sind demnach drei Kriterien, die den Aktienertrag im steuerrechtlichen Sinne charakterisieren:

1. Geldwerte Leistung irgend einer Form
2. Kausa der Leistung liegt im Mitgliedschaftsverhältnis
3. Keine Rückzahlung von Kapitalanteilen.

Man könnte glauben, diese drei Kriterien seien derart klar, dass kaum Meinungsverschiedenheiten über das Steuerobjekt Aktienertrag entstehen könnten. Doch die Praxis zeigt ein anderes Bild.

¹⁾ BdSt Art. 21 I lit c in fine.
Aehnlich für den Kt ZH: ZH StG 19 lit c.

Ein Beispiel hierfür ist etwa die steuerliche Erfassung der Gratisaktienausgabe beim Bund einerseits und im Kanton Zürich andererseits. Währenddem der Bund in diesem Vorgang ein Beispiel von Beteiligungsertrag sieht, verneint dies der Kanton Zürich bei sehr ähnlich formulierter gesetzlicher Grundlage.

Dieses Beispiel lässt auch erkennen, dass viele Streitfragen im Rahmen der Aktienertragsbesteuerung nicht eigentlich aus dem Bereich der Steuerfolgen stammen, sondern viel mehr aus dem Bereich des Steuerobjektes selbst. Währenddem die Steuerfolgen meistens bekannt und unangefochten sind - Aktienertrag ist steuerbarer Vermögensertrag - ist gerade streitig, ob überhaupt Aktienertrag vorliegt.

Diesen Fragen rund um das Steuerobjekt selbst soll denn auch ein Grossteil der hier vorliegenden Arbeit gewidmet sein. Um die darzustellenden Probleme in ihrem grösseren Rahmen zu sehen, muss aber zuerst auf das den Aktien-ertrag umgebende zivilrechtliche und wirtschaftliche Umfeld eingegangen, sowie vorab die der Aktienertragsbesteuerung zugrundeliegende bundesstaatliche Kompetenzordnung analysiert werden.

Die vorliegende Arbeit konzentriert sich im wesentlichen darauf, die Besteuerung der Aktienerträge im Privatvermögen darzulegen. Im weiteren beziehen sich die Ausführungen vornehmlich auf die bundesrechtliche und kanton- zürcherische Regelung. Fragen aus dem Bereich der Ver- rechnungssteuer werden nur zu Vergleichszwecken bear- beitet.

1. TEIL: GRUNDLAGEN DER AKTIENERTRAGSBESTEUE- RUNG

1. KAPITEL: Bundesstaatliche Kompetenzordnung im Bereich des Einkommenssteuerrechts

§ 1: Die Kompetenzordnung im einzelnen

I. Allgemeines

Die Aufteilung der Steuerhoheiten zwischen Bund und Kantonen geht auf den allgemeinen Kompetenzartikel der Bundesverfassung zurück, wonach der Bund für jedes Tätigwerden einer ausdrücklichen Ermächtigung bedarf.¹⁾

Die Kantone hingegen besitzen grundsätzlich eine umfassende Kompetenz. Sie können ohne ausdrückliche Ermächtigung handeln und in ihrer Freiheit nur mittels Verfassungsnorm zugunsten des Bundes eingeschränkt werden.²⁾

II. Positive Kompetenzordnung im Bereich des Einkommens- steuerrechts im besonderen

1. Bundeskompetenzen

Die Verfassung teilt dem Bund eine ganze Palette an Steuerkompetenzen zu. Für das Einkommenssteuerrecht und damit für den Aktienertrag von Bedeutung ist das zeitlich

1) Höhn Bd 8 § 3 N 7; Hangartner Bd 1 S. 65 ff, insbesondere S. 66; Häfelin-Haller S. 78 ff, insbesondere S. 79 N 263 ff.

2) BV 3.

bis Ende 1994 befristete Recht zur Erhebung der direkten Bundessteuer ³⁾ und das zeitlich unbefristete Recht zur Erhebung der Verrechnungssteuer. ⁴⁾

2. Kantonale Kompetenzen

Die oben beschriebenen Bundeskompetenzen greifen zum Teil in den kantonalen Hoheitsbereich ein, zum Teil lassen sie diesen aber auch unberührt.

So können die Kantone trotz bestehender direkter Bundessteuer selbst eine Einkommenssteuer erheben, denn diese Bundeskompetenz ist nur eine parallele und belässt somit den Kantonen ihre volle Handlungsfreiheit. ⁵⁾

Einschränkungen müssen die Kantone aber im Bereich der Verrechnungssteuer hinnehmen. Die in diesem Bereich bestehende nachträglich derogatorische Bundeskompetenz bringt es mit sich, dass die Kantone von der Erhebung einer Verrechnungssteuer ausgeschlossen sind, sobald und soweit der Bund selbst legiferiert hat, was insbesondere im Bereich des Aktienertrages der Fall ist. ⁶⁾

3) BV 41ter I lit c, V.

4) BV 41bis I lit b.

5) Häfelin-Haller S. 88 N 303 f.

6) BV 41bis I lit b, II; Uebgbest BV Art. 2.
Häfelin-Haller S. 87 N 296 ff; Pfund Bd 1 S. 17 N 11 ff zu BV 41bis II.

III. Mögliche Auswirkungen der Steuerharmonisierung auf die geltende Kompetenzordnung

1. Auswirkungen im allgemeinen

Der Steuerharmonisierungsartikel gibt dem Bund die Kompetenz, die direkten Steuern von Bund, Kantonen und Gemeinden zu vereinheitlichen.⁷⁾ Der Bund ist somit befugt, konkrete Massnahmen zu treffen, die bis anhin einzig in der Kompetenz der einzelnen Kantone lagen.⁸⁾

Von Bedeutung ist in diesem Zusammenhang jedoch die Tatsache, dass sich die Bundeskompetenz auf Fragen der Steuerpflicht, Gegenstand und zeitliche Bemessung der Steuern, Verfahrensrecht und Steuerstrafrecht beschränkt. Steuertarife, Steuersätze und Steuerfreibeträge verbleiben Sache der Kantone.

2. Auswirkungen auf die Aktienertragsbesteuerung im besonderen

Wie wir bereits gesehen haben, stellen sich viele Fragen zur Aktienertragsbesteuerung aus der Definition des Steuerobjektes "Aktienenertrag" selbst.⁹⁾ Die Harmonisierungskompetenz beinhaltet nun aber auch das Recht, den Gegenstand der Steuer zu bestimmen, mithin das Steuerobjekt. Der Bund ist demnach kompetent, festzulegen, was in Zukunft unter dem Steuerobjekt "Aktienenertrag" zu verstehen ist.

Trotz dieser an sich sehr klaren Aussage des Verfassungstextes, ist in der Doktrin umstritten, wie weit die Bundes-

7) BV 42quinquies.

8) Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 2.

9) Siehe vorne: Einleitung.

kompetenz in diesem Bereich nun tatsächlich geht. Die Geister scheiden sich insbesondere an der Frage, ob der Bund den Kantonen etwa die Abzugsfähigkeit einer Normaldividende vom steuerbaren Reinertrag einer Aktiengesellschaft vorschreiben könne, um die wirtschaftliche Doppelbelastung zu vermeiden bzw zu mildern.¹⁰⁾ Diese Unsicherheit hat den Gesetzgeber bewogen, sich eine Selbstbeschränkung aufzuerlegen.¹¹⁾ Der vorliegende Harmonisierungsentwurf enthält somit keine diesbezüglichen Milderungsmassnahmen. Sollte der Entwurf in der heute vorliegenden Fassung zu positivem Recht werden, wird sich demnach in Bezug auf die Besteuerung von Aktienerträgen nichts an der geltenden Ordnung ändern.

§ 2: Ausschöpfung der Einkommenssteuerkompetenzen durch Bund und Kantone

I. Bund

1. Direkte Bundessteuer

Der Bund schöpft die ihm zugewiesene Kompetenz zur Einkommensbesteuerung aus. Dementsprechend erklärt der bundesrätliche Beschluss über die direkte Bundessteuer das gesamte Einkommen des Steuerpflichtigen und damit auch den Aktienertrag als steuerbar.¹²⁾

Der Aktienertrag wird dabei sowohl bei natürlichen Personen erfasst, und zwar als Ertrag aus Privat-¹³⁾ und aus

10) Eher zurückhaltend: Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 228 f.
Bejahend: Gutachten S. 74 ff.

11) Botschaft S. 54 ff.

12) BdBSt Art. 21 I Ingress.
Trotzdem bestehen gewisse Einschränkungen: Bsp: BdBSt Art. 21 I lit d
e contrario: Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne.

13) BdBSt Art. 21 I lit c.

Geschäftsvermögen¹⁴⁾, als auch bei juristischen Personen.¹⁵⁾

2. Verrechnungssteuer

Der Bund erhebt eine Verrechnungssteuer.¹⁶⁾ Gegenstand ist unter anderem der Aktienertrag. Dies hat für die Kantone zur Folge, dass ihnen die Erhebung einer eigenen Verrechnungssteuer auf Aktienerträgen versagt ist.

3. Kurze Charakterisierung der Einkommenssteuer und der Verrechnungssteuer

3.1. Einkommenssteuer

Die Einkommenssteuer gehört zu den Subjektsteuern, d.h. zu denjenigen Abgaben, die Rücksicht auf die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Empfängers nehmen.¹⁷⁾

Massgebend muss hier demnach der Blickwinkel des Einkommensempfängers sein. Seine wirtschaftlichen Verhältnisse werden gemessen und erfasst. Wir werden jedoch sehen, dass dies die Praxis nicht immer befolgt.

Die Einkommenssteuer stellt die wesentlichste Einnahmequelle der verschiedenen Hoheitsträger dar und belastet den Steuerpflichtigen meist recht stark. Zu deren Erhebung besteht ein umfangreiches zweiseitiges Veranlagungsver-

14) BdSt Art. 21 I lit a.

15) BdSt Art. 48 ff.

16) SR 642.21.

17) Höhn Bd 8 § 2 N 17; Blumenstein S. 133.

fahren ¹⁸⁾ und die Steuer wird grundsätzlich beim Einkommensempfänger selbst erhoben.

3.2. Verrechnungssteuer

Im Gegensatz zur Einkommenssteuer ist die Verrechnungssteuer dem Bereich der Objektsteuern zuzuordnen. ¹⁹⁾ Sie nimmt somit nicht Rücksicht auf die wirtschaftlichen Verhältnisse des Steuerträgers. ²⁰⁾ Es handelt sich um eine lineare Steuer.

Das primäre Ziel der Verrechnungssteuer liegt in der Verhinderung der Steuerdefraudation. ²¹⁾ Sekundär stellt sie für Bund und Kantone eine Einnahmequelle dar, bedeutet sie doch für Personen mit Ansässigkeit in Nicht-DBA-Staaten oder in DBA-Staaten, nach deren Abkommen mit der Schweiz die Verrechnungssteuer nur teilweise rückforderbar ist, zumindest aus schweizerischer Sicht eine endgültige Steuerbelastung. ²²⁾

Um diese zwei Ziele auch tatsächlich zu erreichen, wird die Steuer nicht wie die Einkommenssteuer beim Empfänger erhoben, sondern an der Quelle beim Leistungsschuldner.

18) Schärfer, Verfahrensrecht zur Steuereinschätzung; Zweifel, in ASA 49, 513 ff.

19) Höhn Bd 8 § 2 N 18 und § 28 N 1; Blumenstein S. 133; Pfund Bd I S. 12 f N 4 zu BV 41 bis und S. 34 ff N 24 und 27 zur Einleitung.

20) VStG Art. 4, 6, 7.

21) VStG Art. 23.
Pfund Bd I S. 26 N 8 f zur Einleitung; Stockar S. 31; Höhn Bd 8 § 28 N 2.

22) VStG Art. 22-28.
Pfund/Zwahlen Bd II N 2.1. zu Art. 22; Stockar S. 39 ff; Höhn Bd 8 § 28 N 3 und § 28 N 31 ff.

23) Dieser hat sie anschliessend zwingend auf den Gläubiger zu übertragen. ²⁴⁾

Die dargestellte Ordnung lässt sich deshalb rechtfertigen, weil die Verrechnungssteuer als Spezialeinkommenssteuer ²⁵⁾ nur gewisse engbegrenzte Einkommensteile als Steuerobjekt erfasst, nämlich die Kapitalerträge, die Lotteriegewinne und gewisse Versicherungsleistungen ²⁶⁾ und weil sie für den in der Schweiz ansässigen, ehrlichen Steuerpflichtigen keine endgültige Belastung darstellt. Für im Ausland ansässige Leistungsempfänger kann sie sich aber gravierend auswirken. Ein internationaler Vergleich zeigt auch, dass der Satz von 35 % auf Kapitalerträgen hoch ist. ²⁷⁾ Dies hält gewisse ausländische Investoren davon ab, ihr Kapital in der Schweiz anzulegen.

II. Kantone

1. Allgemeines

Wie der Bund, so schöpfen heute auch sämtliche Kantone ihre Kompetenz zur Erhebung einer allgemeinen Einkommenssteuer aus. ²⁸⁾

23) VStG 10 I.
Pfund Bd I S. 28 f.

24) VStG Art. 14 I.

25) Höhn Bd 8 § 2 N 22 ff.

26) VStG Art. 1, 4, 6, 7.

27) Vgl. ausländische Quellensteuersätze auf Dividenden; Deutschland: 25 %, USA: 30 %, Frankreich: 25 %, Italien: 10 %, Spanien: 18 %, Japan: 20 %.

28) Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 97.
Der Kanton GL kam erst 1971 zu diesem System.

Dies führt zu der für das schweizerische Steuerrecht typischen Situation, dass mehrere Hoheitsträger gleichzeitig dieselben Wertzuflüsse der Einkommenssteuer unterwerfen.²⁹⁾

2. Regelung im Kanton Zürich im besonderen

Ausgangspunkt des kantonal zürcherischen Einkommenssteuerrechts ist die Generalklausel, nach welcher die "gesamten Einkünfte" steuerbar sind.³⁰⁾ Dies deutet auf eine umfassende Einkommensbesteuerung hin. Es werden grundsätzlich sämtliche Zuflüsse der Einkommenssteuer unterworfen, ohne Rücksicht auf die Quelle. Das zürcher Steuerrecht baut demnach auf dem Prinzip der Gesamteinkommensbesteuerung auf.³¹⁾ Dass dieses Prinzip aber nicht vollumfänglich verwirklicht ist, zeigt etwa die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne.³²⁾

In bezug auf den Aktienertrag besteht eine Regelung, die nach dem Wortlaut dem Bundesrecht sehr nahe steht.³³⁾ Diese formelle Anpassung darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen der Praxis des Bundes und der des Kantons Zürich Differenzen bestehen. Als Beispiel kann auf die bereits erwähnte Diskrepanz bei der Gratisaktienbesteuerung hingewiesen werden.

29) Höhn Bd 8 § 2 N 1 ff.

30) StG Kt ZH 19 Ingress.

31) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 1 ff zu Vorbemerkungen zu § 19 - 32.

32) Qualifiziertes Schweigen aus StG Kt ZH 23.

33) StG Kt ZH 19 lit c: Ertrag aus Privatvermögen natürlicher Personen.
StG Kt ZH 19 lit b: Ertrag aus Geschäftsvermögen natürlicher Personen.
StG Kt ZH 45: Ertrag juristischer Personen.

2. KAPITEL: Zivilrechtliche und wirtschaftliche Grundlagen des Aktienertrages

§ 1: Zivilrechtliche Grundlagen des Aktienertrages

I. Allgemeines

Die Kausa des Aktienertrages liegt bekanntlich im Rechtsverhältnis zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft, mit anderen Worten, im Mitgliedschaftsverhältnis. Nur bei Klarheit über diese zivilrechtliche Grundlage ist die darauf aufbauende steuerrechtliche Analyse möglich. Diese Klarheit zu verschaffen, soll Ziel der folgenden Ausführungen sein.

II. Rechtsstellung des Aktionärs

1. Der Aktionär als Mitglied einer juristischen Person

1.1. Die juristische Person

Basierend auf der theoretischen Grundlage der Realitätstheorie ¹⁾ hat das ZGB eine juristische Person geschaffen, deren Rechtsstellung weitgehend derjenigen einer natürlichen Person entspricht. ²⁾ Sie ist, soweit dies für ein von der Rechtsordnung geschaffenes Subjekt möglich ist, selbst rechtsfähig. ³⁾ Zudem ist sie mittels eigener Organe handlungsfähig. ⁴⁾ Damit haben wir es im Verkehr mit einer

1) Tuor/Schnyder S. 106 ff; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 50 ff.

2) Tuor/Schnyder S. 109 Mitte.

3) ZGB 53.
Reimann/Zuppinger/Schärer Bd III N 1 zu Vorbemerkungen zu § 43-52; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 53; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 9 ff; von Steiger S. 31.

4) ZGB 54 f.
Tuor/Schnyder S. 109; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 55; von Steiger S. 31.

juristischen Person mit einem nach aussen wie nach innen rechtlich verselbständigten Subjekt zu tun.⁵⁾ Dies hat zur Konsequenz, dass es die juristische Person selbst ist, die mit Dritten in Rechtsbeziehungen tritt, da sie sich Kraft ihrer eigenen Rechtsfähigkeit vertraglich zu binden vermag und da sie selbst Trägerin der von ihr erworbenen Rechte und Pflichten ist.⁶⁾

1.2. Arten von juristischen Personen

Grob lassen sich die juristischen Personen in Körperschaften einerseits und Anstalten andererseits einteilen. Bei den Körperschaften handelt es sich um den vertraglichen Zusammenschluss mehrerer Personen zur gemeinsamen Zweckverfolgung.⁷⁾ Die Anstalten hingegen verkörpern eine rechtlich verselbständigte Vermögensmasse, die einem bestimmten Zweck dient.⁸⁾

Das schweizerische Bundesrecht, ausgehend von einem *numerus clausus* an zulässigen privatrechtlichen Gesellschaftsformen⁹⁾, sieht als Anstalt nur die Stiftung vor.¹⁰⁾ Als Körperschaften bestehen demgegenüber die AG¹¹⁾,

5) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 258; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 7; Gohl/Merz/Kummer S. 602.

6) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 61.

7) OR 530.
Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 58; Tuor/Schnyder S. 105.

8) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 58; Tuor/Schnyder S. 105.

9) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 193.

10) ZGB 80 ff.

11) OR 620 ff.

die Kommandit-AG ¹²⁾, die GmbH ¹³⁾, die Genossenschaft ¹⁴⁾ und der Verein ¹⁵⁾.

1.3. Körperschaften im besonderen

Kombinieren wir das Grundelement der juristischen Person mit demjenigen der Körperschaft, so führt uns dies zu dem für Körperschaften charakteristischen Dualismus, der im Nebeneinander zweier rechtlich selbständiger Personen besteht, nämlich der juristischen Person einerseits und den Gesellschaftern andererseits. Diese Tatsache erlaubt es, dass die Gesellschafter als unabhängige Dritte mit "ihrer" Gesellschaft Rechtsbeziehungen unterhalten können. Ebenso folgt aus dieser Tatsache, dass sich die gesellschaftsrechtliche Stellung einer an einer Körperschaft beteiligten Person aus ihrer Rechtsbeziehung zu dieser selbst ergibt, nicht etwa aus vertraglicher Bindung mit anderen Gesellschaftern. ¹⁶⁾

12) OR 764.

13) OR 772.

14) OR 828.

15) ZGB 60 ff.

16) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 159.

1.4. Steuerliche Selbständigkeit der AG

Das Steuerrecht folgt der eben dargestellten zivilrechtlichen Grundlage und erhebt die juristische Person zum selbständigen Steuersubjekt.¹⁷⁾ Sie ist damit für ihren erwirtschafteten Ertrag und für ihr Kapital selbst steuerpflichtig.

2. Rechte und Pflichten des Aktionärs

2.1. Allgemeines

Die AG nimmt im Rahmen der Körperschaften insofern eine qualifizierte Stellung ein, als sie im Gegensatz zu allen anderen streng kapitalbezogen ausgestaltet ist.¹⁸⁾ Diese Tatsache und das bereits erkannte Faktum der rechtlichen Verselbständigung der AG sind die zur Analyse der Rechtsstellung des Aktionärs wesentlichen Elemente.

2.2. Rechte

Die Palette der Rechte eines Aktionärs gestaltet sich im Gegensatz zu seinem Pflichtenheft bedeutend vielfältiger.

Es kann grob in vermögensmässige und nicht-vermögensmässige Rechte unterteilt werden.¹⁹⁾

Die vermögensmässigen Rechte des Aktionärs sind:²⁰⁾

17) Höhn Bd 8 § 8 N 4 und § 22 N 6; Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III Vorbemerkungen zu § 43-52, insbesondere N 1 und 2.

18) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 82 und S. 257; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 45.

19) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 269 ff; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 241 ff; Siehe Unterteilung bei Guhl/ Merz/ Kummer S. 630 ff in Vermögensrechte und Mitverwaltungsrechte.

20) Meier-Hayoz/Forstmoser S. 270; Guhl/Merz/Kummer S. 640 ff; Boemle S. 141 ff.

- Recht auf Anteil am Reingewinn ²¹⁾
- Recht auf Liquidationsanteil ²²⁾
- Recht auf Bauzinsen ²³⁾
- Recht auf Benutzung der Gesellschaftsanlagen ²⁴⁾
- Bezugsrecht ²⁵⁾

Zu den nicht-vermögensmässigen Rechten gehören namentlich: ²⁶⁾

- Recht auf Teilnahme an der Generalversammlung ²⁷⁾
- Stimmrecht an der Generalversammlung ²⁸⁾
- Recht auf Einladung zur Generalversammlung ²⁹⁾
- Recht auf Bekanntgabe der Generalversammlung Traktanden ³⁰⁾
- Recht auf persönliche Teilnahme oder auf Stellvertretung ³¹⁾

-
- 21) OR 660 I, 675.
Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 242 ff; Cuhli/Merz/Kummer S. 640.
- 22) OR 660 II.
Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 246 f; Cuhli/Merz/Kummer S. 644.
- 23) OR 676.
Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 246; Cuhli/Merz/Kummer S. 641.
- 24) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 246.
- 25) OR 652: Auf die Problematik, ob es sich beim Bezugsrecht um ein nicht-vermögensmässiges Recht oder mind. um ein Recht gemischter Natur handelt, soll hier nicht eingegangen werden.
Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 244 f; Cuhli/Merz/Kummer S. 643.
- 26) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 269; Cuhli/Merz/Kummer S. 630 ff; Boemle S. 147 ff.
- 27) OR 689.
- 28) OR 692.
- 29) OR 700 I.
- 30) OR 700 I.
- 31) OR 689 II, III.

- Recht zur Meinungsäusserung an der Generalversammlung
- Antragsrecht
- Einsichtsrechte ³²⁾
- Auskunfts- und Hinweisrecht ³³⁾
- Recht, eine Generalversammlung einberufen zu lassen ³⁴⁾
- Recht zur Verantwortlichkeitsklage ³⁵⁾
- Recht zur Anfechtung eines Generalversammlungsbeschlusses ³⁶⁾
- Recht zur Klage auf Auflösung aus wichtigem Grund ³⁷⁾
- Recht auf Vertretung im Verwaltungsrat ³⁸⁾

Die Aufstellung zeigt, dass der Aktionär insbesondere kein Recht auf Rückzahlung des liberierten Gesellschaftskapitals hat. ³⁹⁾ Er kann sich von seiner Beteiligung somit nur mittels Verkauf oder durch Liquidation der AG trennen.

2.3. Pflichten

Als direkte Folge der strengen Kapitalbezogenheit trifft den Aktionär nur eine Pflicht, die Liberierung des gezeichneten Kapitals.

32) OR 696, 697 II.

33) OR 697.

34) OR 699 III.

35) OR 752 ff.

36) OR 706.

37) OR 736 Ziff. 4.

38) OR 708 IV.

39) OR 680 II.

Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 264; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 207.

Weitere Pflichten mit gesellschaftsrechtlicher Wirkung können weder auf statutarischem ⁴⁰⁾ noch auf vertraglichem Weg eingeführt werden.

Gehen Aktionäre unter sich weiterreichende Bindungen ein, z.B. in Form eines Aktionärbindungsvertrages, so sind diese Verpflichtungen im Verhältnis zur Aktiengesellschaft unbeachtlich. ⁴¹⁾

3. Verbriefung der Rechtsstellung des Aktionärs

3.1. Aktie als Wertpapier

Währenddem das Gesetz einerseits ausdrücklich verbietet, GmbH- und Genossenschaftsanteile als Wertpapiere auszugeben ⁴²⁾, statuiert es andererseits, dass Aktien immer Wertpapiercharakter haben ⁴³⁾. Dies bewirkt, dass die Rechtsstellung des Aktionärs derart mit der Urkunde verbunden ist, dass jene ohne diese nicht übertragen werden kann. ⁴⁴⁾

40) OR 680 I.

41) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 297; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 48 und 159 oben; Guhl/Merz/Kummer S. 638; Bürgi ZH Ko, ZH 1957, N 20 ff zu OR 680.

42) GmbH: OR 789 III; Genossenschaft: OR 853 III.

43) OR 622 I.

44) OR 965.
Guhl/Merz/Kummer S. 803 ff; Boemle S. 14 ff.

3.2. Aktien als Inhaber-, Ordre- oder Namenpapiere

Wertpapierrechtlich kann die Aktie sowohl als Inhaber-⁴⁵⁾ als auch als Ordrepapier ausgestaltet werden⁴⁶⁾, mit entsprechender Rektaklausel sogar als Namenpapier⁴⁷⁾. Dies hat Auswirkungen auf die Art und Weise der Geltendmachung der Berechtigung an der Aktie.

Währenddem beim Inhaberpapier jeder Besitzer als Berechtigter gilt⁴⁸⁾, ist hiezu beim Ordrepapier die lückenlose Indossamentenkette vorausgesetzt⁴⁹⁾ und bei einem Namenszertifikat eine gültige Zession⁵⁰⁾.

3.3. Stamm-, Vorzugs- oder Stimmrechtsaktien

In den Statuten kann festgehalten werden, dass sämtliche Aktien einen gleichen finanziellen Anspruch und gleiche Stimmkraft gewähren. Es kann aber auch bestimmt werden, dass gewisse Aktien in der einen oder anderen Hinsicht privilegiert sein sollen.

Stammaktien verleihen weder finanziell noch stimmkraftmässig eine privilegierte Stellung.⁵¹⁾

45) Inhaberaktien: OR 683 und 978 I.

46) Namenaktien als Ordrepapiere: OR 684 und 967 II.

47) OR 684 I.
Guhl/Merz/Kummer S. 821; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 261; Boemle S. 152.

48) OR 967 I, 978 ff.
Boemle S. 19.

49) OR 967 II, 968 f, 1002 ff.
Boemle S. 22.

50) OR 974 ff.
Boemle S. 25.

51) Boemle S. 153; Guhl/Merz/Kummer S. 623.

Stimmrechtsaktien hingegen gewähren mit kleinerem Nennwert eine gleiche Stimmkraft wie eine Stammaktie.⁵²⁾

Vorzugsaktien demgegenüber verleihen höhere finanzielle Ansprüche. Dies kann sich namentlich in einem erhöhten Dividendenanspruch, im Anspruch auf einen höheren Liquidationsanteil oder im privilegierten Recht auf Bezug neuer Aktien äussern.⁵³⁾

Diese Ueberlegungen zeigen, dass die Rechtsstellung des Aktionärs nur aus der Aktie und den Statuten zusammen erfasst werden kann. Man spricht in diesem Zusammenhang auch etwa von der Aktie als kausalem Wertpapier.⁵⁴⁾

III. Gewinnverteilung der Aktiengesellschaft an die Aktionäre

1. Allgemeines

Die juristische Selbständigkeit der Aktiengesellschaft bringt es mit sich, dass Aktienertrag nicht bereits mit der Gewinnerzielung durch die Gesellschaft entsteht, sondern erst dann, wenn die Aktiengesellschaft ihren Aktionären entsprechende Leistungen erbringt. Im Zentrum stehen dabei die Gewinnausschüttungen in Form von Dividenden.

52) OR 693.
Boemle S. 155; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 279.

53) OR 654 ff.
Boemle S. 153; Guhl/Merz/Kummer S. 623; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 279; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 256 f; Siegwart ZH Ko, ZH 1945, N 4 ff zu OR 654-656; Bürgi ZH Ko, ZH 1957, N 18 f zu OR 660/661.

54) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 260 N 7.

2. Zuständigkeit

Die Beschlussfassung über die Gewinnverwendung und damit auch über die Erbringung von Aktienerträgen ist zwingend in die Kompetenz der Generalversammlung gelegt.⁵⁵⁾ Jede Missachtung dieser Ordnung führt zu einer zivilrechtlich unwirksamen Ausschüttung und der Empfänger kann bei Bösgläubigkeit zur Rückerstattung verpflichtet werden.⁵⁶⁾

3. Materielle Voraussetzungen

"Dividenden dürfen nur aus dem Reingewinn und aus hierfür gebildeten Reserven ausgerichtet werden."⁵⁷⁾ Diese Norm muss im Zusammenhang mit dem Verbot der Einlagenrückgewähr⁵⁸⁾ sowie der Pflicht, Reserven anzulegen⁵⁹⁾ gesehen werden. Ausschüttungsfähig sind somit der bilanzmässig ausgewiesene Jahresgewinn, ein bestehender Gewinnvortrag, sowie Bestände an freien Reserven.⁶⁰⁾

Reicht ein Geschäftsergebnis jedoch nur gerade aus, um die gesetzlichen und statutarischen Reserveeinlagen zu tätigen oder einen Verlustvortrag zu tilgen, so kann die Generalversammlung keinen gültigen Gewinnverwendungsbeschluss fällen.

Damit sichergestellt werden kann, ob in der Aktiengesellschaft ausschüttbares Substrat vorhanden ist und ob über-

55) OR 698 II Ziff. 3.

Bürgi, ZH Ko, ZH 1969, N 4 ff und N 46 zu OR 698; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 142 ff.

56) OR 678 I.

57) OR 675 II.

58) OR 680 II.

59) OR 674.

60) von Greyerz S. 226; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 242 f.

haupt zu einem Gewinnverwendungsbeschluss geschritten werden kann, ist vorgängig folgendes Prozedere durchzuführen:

- Aufstellen des Jahresabschlusses ⁶¹⁾
- Feststellen von Reingewinn oder Dividendenreserve ⁶²⁾
- Erstellen eines Revisorenberichtes zuhanden der Generalversammlung ⁶³⁾
- Bekanntgabe der Bilanz und des Antrages über Gewinnverwendung zu Handen der Aktionäre ⁶⁴⁾

4. Gewinnverwendungsbeschluss

Sobald der Gewinn mittels des oben beschriebenen Verfahrens erwahrt ist, kann die Generalversammlung zum Gewinnverwendungsbeschluss schreiten. Er wird mit einfachem Mehr der vertretenen Stimmen gefällt. ⁶⁵⁾

Mit dem Beschluss und dem Fälligwerden wandelt sich das allgemeine Recht des Aktionärs auf anteilmässigen Reingewinn in eine klagbare Forderung gegenüber der AG auf die Dividende um.

61) OR 662.
Bürgi ZH Ko, ZH 1969, N 19 zu OR 662.
Die Pflicht zur Erstellung einer Jahresbilanz kann einerseits strafrechtlich durchgesetzt werden, andererseits steht dem einzelnen Aktionär ein zivilrechtlicher, klageweise durchsetzbarer Anspruch auf Erstellung zu.

62) OR 675 II.
Bürgi ZH Ko, ZH 1969, N 5 ff zu OR 675/76.

63) OR 728/729.
Bürgi ZH Ko, ZH 1969, N 47 zu OR 698.

64) OR 696.
Bürgi ZH Ko, ZH 1969, N 3 und N 22 ff zu OR 696.

65) OR 703.
Bürgi ZH Ko, ZH 1969, N 65 f zu OR 698.

Damit ist der Aktienertag dem Aktionär zivilrechtlich wie auch steuerrechtlich wirksam zugeflossen. ⁶⁶⁾

IV. Abgrenzung der Aktionärsstellung von anderen Beteiligungsformen

1. Beteiligung an einer anderen Form von juristischer Person

Die Abgrenzung der Aktionärsstellung von anderen körperchaftlichen Beteiligungsformen hat vom Element der Kapitalbezogenheit auszugehen. Dabei ist von zentraler Bedeutung, dass nur die Aktionärsstellung rein kapitalbezogen ausgestaltet ist. Alle anderen gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsformen enthalten mindestens auch personenbezogene Elemente. ⁶⁷⁾ Demnach kann die Frage nach dem Vorliegen einer Aktionärsstellung anhand dieses Kriteriums treffsicher beantwortet werden.

2. Beteiligung an einer Personengesellschaft

Das charakteristische Unterscheidungsmerkmal zwischen einer Personengesellschaft und einer Aktiengesellschaft liegt in der fehlenden eigenen Rechtspersönlichkeit der Personengesellschaft. ⁶⁸⁾

Diese wird dadurch, im Gegensatz zu den juristischen Personen, im Aussenverhältnis rechtlich nicht selbstständig. Aus rechtsgeschäftlichem Handeln werden

66) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 42 zu § 19 lit c + d und N 23 zu Vorbemerkungen zu § 19-32.

67) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht. S. 82 ff.

68) OR 562: für Kollektivgesellschaft.
OR 602: für Kommanditgesellschaft.
Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 61, 218, 224 ff und 257 f; Gohl/Merz/Kummer S. 602; Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd I N 1 zu § 11.

somit immer die Gesellschafter selbst berechtigt und verpflichtet, nicht aber die Personengesellschaft. ⁶⁹⁾

Diesem Umstand folgt auch das Steuerrecht. Personengesellschaften sind keine eigenen Steuersubjekte. Vielmehr werden die Anteile den Gesellschaftern direkt zugerechnet und steuerlich bei ihnen als Geschäftsvermögen erfasst. ⁷⁰⁾

3. Fazit aus der Abgrenzung der Aktiengesellschaft von Personengesellschaften

Die selbständige steuerliche Erfassung von Aktiengesellschaft und Aktionär führt zur steuerlichen Vorbelastung der beim Aktionär erneut steuerbaren Aktieneträge. Denn nur Gewinne, die die Aktiengesellschaft selbst als Ertrag versteuert hat, darf sie in Form von Dividenden an ihre Gesellschafter ausschütten.

Diese wirtschaftliche Doppelbelastung finden wir hingegen bei Personengesellschaften nicht. Ihr Gewinn wird nur beim Gesellschafter besteuert. ⁷¹⁾

⁶⁹⁾ Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 219.

⁷⁰⁾ Bund: BdSt Art. 3 und 18 II; Känzig 2.A N 11 zu Art. 3 und N 2 zu Art. 18.
Kt ZH: StG 11; Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd I N 1 zu § 11; Höhn Bd 8 § 16 N 43 und § 23 N 14 f.

⁷¹⁾ Cagianut/Höhn § 2 N 71 ff; Höhn Bd 8 § 23 N 15.

§ 2: Wirtschaftliche Grundlagen des Aktienertrages

I. Allgemeines

Bei einer Analyse des Aktienertrages aus einkommenssteuerlicher Sicht kommt man nicht darum herum, sich auch Gedanken um den eigentlichen Grundbegriff dieser ganzen Materie, das Einkommen selbst, zu machen.

Wohl trifft es zu, dass der Steuergesetzgeber in autonomer Weise selbst bestimmen kann, was er unter Einkommen verstehen will. Da er von dieser Kompetenz aber nur rudimentär Gebrauch gemacht hat, behalten die allgemeinen Gedanken zum Einkommensbegriff auch im Steuerrecht ihre Bedeutung.

II. Einkommen als wirtschaftliches Phänomen

1. Theoretische Erfassung des Einkommensbegriffes

Der Finanzwissenschaft ist es bis anhin nicht gelungen, den wirtschaftlichen Begriff des Einkommens einheitlich und allgemein anerkannt zu definieren.⁷²⁾ Vielmehr wird eine ganze Palette an Umschreibungen präsentiert. Dies erstaunt, handelt es sich beim Einkommen doch um ein zentrales Phänomen.

Die grundlegenden theoretischen Abhandlungen zum Einkommen sind um die Jahrhundertwende entstanden⁷³⁾. Grob lassen sie sich in zwei Gruppen einteilen, in Fuistings Periodizitäts- oder Quellentheorie⁷⁴⁾ und die Schanz'sche

72) Reimann/Zuppinger/Schärfer Bd II N 6 zu Vorbemerkungen zu § 19-32 Känzig 2.A Vorwort V und N 17 zur Art. 2; Wyss S. 1; Blumenstein S. 143; Bosshardt S. 76 f; Schuster S. 1 ff.

73) Für weiterführende Darstellungen siehe: Gemperli; Schuster; Wyss.

74) Fuisting S. 108 ff, insbesondere S. 110.

Reinvermögenszugangstheorie⁷⁵⁾. Bei der ersteren gelten nur periodisch wiederkehrende Zugänge als Einkommen, d.h. Zugänge aus bleibenden Quellen, bei der letzteren werden demgegenüber alle Einkünfte erfasst, unabhängig von ihrem Zustandekommen.⁷⁶⁾

2. Das zentrale Element des Einkommensbegriffes

Obwohl die einzelnen Theorien stark voneinander abweichen, ist ihnen ein Element gemeinsam. Einkommen setzt danach immer eine Wertsteigerung im Sinne von "Reicherwerden" des Empfängers voraus⁷⁷⁾ oder anders formuliert, Einkommen besteht im Zufluss von Wirtschaftsgütern in die Wirtschaft des Empfängers.⁷⁸⁾

Vorderhand mag diese Aussage lapidar klingen. Konkrete Anwendungsfälle können aber doch an ihr gemessen werden.

3. Folgerungen

Die vorgehenden Erkenntnisse lassen zwei Schlüsse zu. Zum einen kann nur zu Einkommen führen, was im Wirtschaftsleben einen Geldwert hat. Zum anderen ist die Frage nach dem Einkommen immer aus dem Blickwinkel des Empfängers zu beurteilen, nicht aus dem der leistenden Gesellschaft, denn die Beeinflussung seiner wirtschaftlichen Verhältnisse ist letztendlich entscheidend.⁷⁹⁾,⁸⁰⁾

⁷⁵⁾ Schanz S. 1 ff; ebenso Hermann und Schmoller: siehe Fuisting S. 110.

⁷⁶⁾ Känzig 2. A 1 zu Art. 21; Wyss S. 10; Schütz S. 15 ff.

⁷⁷⁾ Höhn, Kapitalgewinne S. 18 f; Höhn Bd 8 § 13 N 5.

⁷⁸⁾ Wackernagel S. 253.

⁷⁹⁾ Dies gilt selbst nach der Quellentheorie. Wohl schliesst diese Zugänge aus nicht periodischen Quellen im vorneherein als Einkommen aus, was aber nichts daran ändert, dass die verbleibenden Zugänge aus
Forts. Fussnote

III. Steuerrechtliche Erfassung des Einkommensbegriffes

1. Theoretische Grundlage

Im Bereich der Steuerrechtswissenschaft hat Blumenstein den Begriff des Einkommens in einer weitgehend akzeptierten Weise umschrieben. Nach ihm ist Einkommen wie folgt zu verstehen: "Einkommen ist die Gesamtheit derjenigen Wirtschaftsgüter, welche einem Individuum während eines bestimmten Zeitabschnittes zufließen und die er ohne Schmälerung seines Vermögens zur Befriedigung seiner persönlichen Bedürfnisse und für seine laufende Wirtschaft verwenden kann". ⁸¹⁾

Blumenstein geht damit von der Reinvermögenszugangstheorie aus und ergänzt diese insoweit, als dies für Steuerzwecke nötig ist.

Auf dieser Grundlage basieren grundsätzlich auch die positiven schweizerischen Einkommenssteuergesetze. ⁸²⁾

Trotzdem findet man etwa in der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne Auswirkungen der Quellentheorie, welche der unbeschränkten Entfaltung der Reinvermögenszugangstheorie Grenzen setzen. ⁸³⁾

Forts. Fussnote

periodischen Quellen anhand der obigen Kriterien auf ihre Einkommensqualität hin zu prüfen sind.

80) Wie weit die Praxis sich von diesen allgemeinen Grunderkenntnissen zum Teil entfernt hat, werden wir später anhand konkreter Beispiele feststellen.

81) Blumenstein S. 144.
Ebenso: Zuppinger, Vorlesungsskriptum I S. 80 ff; Reimann/Zuppinger/-Schärfer Bd II N 6 zu Vorbemerkungen zu § 19-32; Känzig 2.A N 1 zu Art. 21.
BGE 52 I 214, 71 I 128, 73 I 140, 105 I b 2, 108 I b 228.

82) Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 97.

83) Känzig 2.A N 18 zu Art. 2.

Da die Reinvermögenszugangstheorie jedoch als Regel gilt und die Auswirkungen der Quellentheorie nur Ausnahmen darstellen, ist von einer umfassenden Einkommenssteuerpflicht auszugehen und Einschränkungen sind nur dort zuzulassen, wo dies das Gesetz unmissverständlich zum Ausdruck bringt.⁸⁴⁾

2. Das Gesamtreineinkommen als steuerrechtlich massgeblicher Einkommensbegriff

Die Blumenstein'sche Einkommensdefinition führt zu dem für die Steuerpraxis entscheidenden Begriff des Gesamtreineinkommens.⁸⁵⁾

Danach sind einkommenssteuerlich sämtliche Einkünfte, reduziert um die für die Einkommenserzielung⁸⁶⁾ notwendigen Aufwendungen, zu erfassen.

Dieses Prinzip der Gesamtreineinkommensbesteuerung ergibt sich im übrigen nicht nur aus den obigen Ueberlegungen zum Einkommensbegriff. Vielmehr ist es auch Ausdruck des verfassungsmässigen Gleichheitsgrundsatzes.⁸⁷⁾ Aus diesem Grundsatz folgen die für das gesamte Steuerrecht geltenden Prinzipien der Allgemeinheit, Gleichheit und Verhältnis-

84) Siehe z.B. das qualifizierte Schweigen des StG Kt ZH 23 betreffend privater Kapitalgewinne.

85) Bund: BdBSt Art. 21; Känzig 2.A N 2 und 13 zu Art. 21.
BCE 108 I b 228 E 2a; 105 I b 2 E 1.
Kt ZH: StG 19; Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 6 ff zu Vorbemerkungen zu § 19-32; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 97 ff; Reich, in ASA 53, 11 ff; Höhn Bd 8 § 13 N 13 ff.

86) Zum Teil werden jedoch auch Aufwendungen zum Abzug zugelassen, die keinen direkten Zusammenhang mit der Einkommenserzielung haben: Bsp.: Schuldzinsen eines Konsumkredites.

87) BV Art. 4.
Blumenstein S. 135 f; Höhn Bd 8 § 3 N 28 f; Imboden/Rhinow Nr 109 B II; Knapp S. 72 N 282 ff, S. 393 N 1623 ff; Häfelin-Haller S. 449 ff N 1566 ff.

mässigkeit der Besteuerung. ⁸⁸⁾ Verhältnismässigkeit bedeutet dabei, dass die Besteuerung sich an der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit des Steuersubjektes zu orientieren habe. ⁸⁹⁾ Diese wiederum findet ihren Ausdruck im Gesamteinkommen. ⁹⁰⁾

3. Einbrüche ins Prinzip der Gesamteinkommensbesteuerung

Obwohl das eben besprochene Prinzip der Gesamteinkommensbesteuerung über allen positiven schweizerischen Einkommenssteuergesetzen steht, wird es in keinem mit letzter Konsequenz verfolgt.

Es kommen Abweichungen in Richtung von Steuerbefreiung von Einkommensteilen vor ⁹¹⁾, wie auch in Richtung von steuerlicher Erfassung von Wertverschiebungen, die kein

88) Häfelin-Haller S. 449 N 1567; Knapp S. 393 N 1620 ff; Imboden/Rhinow Nr 109 A I, 109 B II; Blumenstein S. 136; Schütz S. 22.
BGE 99 I a 638.

89) Dies ist im Kt ZH expressis verbis in der Ständesverfassung enthalten: KV Art. 19 I.
hiez: Reimann/Zuppinger/Schärer Bd I N 3 f zu KV Art. 19 und N 1 ff zu Vorbemerkungen zu § 19-32; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 4 ff; Reich, in ASA 53, 5 ff; Höhn Bd 8 § 3 N 37; Wyss S. 16; Richli, in ASA 54, 107; Cagianut, in ASA 47, 69 ff.

90) Freilich ist das Leistungsfähigkeitsprinzip nicht unangefochten, siehe etwa Wittmann, in Finanz- und Wirtschaft, 31. August 1983/Nr. 68 S. 1. In der Praxis ist es jedoch allgemein anerkannt. Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung steht dem Einzelnen sogar ein verfassungsmässiges Recht auf Beachtung der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit zu.
BGE 105 Ia 358; 104 I a 288.
Reich, in ASA 53, 16 ff.
Damit steht fest, dass sich die Besteuerung jedes Einzelnen auf dessen persönliche wirtschaftliche Leistungsfähigkeit auszurichten hat. Ein Steuersystem, das die Steuergerechtigkeit nur für den ganzen Markt und nicht für jeden einzelnen Steuerpflichtigen zu verwirklichen sucht, hält damit vor der Verfassung nicht stand.
a.M.: Borkowsky, in ASA 51, 609.

91) BdSt Art. 21 I lit d e contrario: private Kapitalgewinne.

Einkommen darstellen ⁹²⁾. Auf beide Bereiche wird in den folgenden Ausführungen zurückzukommen sein.

92) Liquidationsgewinnbesteuerung, soweit das Nennwertprinzip gilt und demnach die Differenz zwischen Nennwert und Liquidationserlös, unabhängig vom Anschaffungspreis, steuerbar ist.

3. KAPITEL: Abgrenzungen im Bereich der Aktienertrags- besteuerung

§ 1: Allgemeines

Der Aktienertrag kann nur dann präzise analysiert werden, wenn Klarheit über seine Abgrenzung gegenüber anderen Steuerobjekten besteht. Die Vornahme dieser Abgrenzungen fällt zum Teil recht schwer, treten doch verschiedentlich Ueberschneidungen auf. Zudem können gewisse Fragen nur anhand des konkreten Problems beantwortet werden. Hier kann es demnach nur darum gehen, die allgemeinen Richtlinien darzulegen, die im Einzelfall wegweisend sein müssen.

§ 2: Abgrenzungen im einzelnen

1. Abgrenzung zum Kapitalgewinn

1. Umschreibung

"Kapitalgewinn ist der bei der Veräußerung (Aufgabe) eines Vermögensobjektes realisierte Mehrwert, welcher seit dem Erwerb eingetreten ist. ...Es ist für den Kapitalgewinn typisch, dass er - im Gegensatz zum Vermögensertrag - nicht konsumiert werden kann, ohne dass ein Substanzverzehr stattfindet." ¹⁾

1) Höhn, in ASA 50, 530.
ebenso: Höhn Bd 8 § 30 N 10 ff und § 16 N 1 und 35 ff und § 18 N 6;
Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 1 zu § 19 lit c und N 17 zu § 23;
Zuppinger, Vorlesungsskriptum I S. 112 ff.
Etwas abweichende Formulierung: Känzig 2.A N 147 zu Art. 21 I lit d;
Yersin, in ASA 50, 465 ff.
Das Hauptgewicht der Umschreibung liegt hier beim Realisationstatbestand.

2. Massgebliche Abgrenzungsfaktoren

Im Zentrum der Abgrenzung des Kapitalgewinnes vom Aktienertag muss die Tatsache des Substanzverzehr gesehen werden. Ein Aktivum, das aufgrund von äusseren Ereignissen eine Wertsteigerung erfahren hat, ²⁾ wird aus der eigenen Wirtschaft in die eines Dritten transferiert. ³⁾ Mit diesem Transfer findet eine marktmässige Bestätigung der latent vorhandenen Wertsteigerung statt. ⁴⁾ Letztere findet "... in einem anderen Vermögenswert eine neue Verkörperung..." ⁵⁾ und sie wird mittels Veräusserungsakt realisiert. ⁶⁾ Ihr Umfang bemisst sich dabei als Differenz zwischen Anlagewert und Verkaufserlös. ⁷⁾

Ganz anders stellt sich die Situation beim Vermögensertag dar. Entscheidendes Kriterium ist dort, dass die Substanz gerade nicht verzehrt wird, sondern erhalten bleibt und trotzdem eine geldwerte Leistung erbracht wird. ⁸⁾

-
- 2) Schütz S. 29: "Ihr Entstehen steht in keinem kausalen Zusammenhang mit einem positiven Tun des Objekteigentümers."
Zuppinger, in StR 31, 1976, S. 17 und 50; Höhn Bd 8 § 30 N 10 und § 16 N 1 und N 35 ff; Höhn, Kapitalgewinne S. 74; Weidmann, in StR 19, 1964, S. 139; Blumenstein S. 151 f; Oesch M.P. S 19 und 86.
ASA 36, 143; ASA 33, 478 ff; ASA 29, 383.
- 3) Höhn, in ASA 50, 540.
- 4) Reimann/Zuppinger/Schärer Bd II N 17 ff zu § 23; Masshardt 2.A N 94 zu Art. 21 I lit d; Bosshardt S. 150; Weidmann, in StR 19, 1964, S. 151 f.
- 5) Reimann/Zuppinger/Schärer Bd II N 17 zu § 23.
ebenso: Höhn, Kapitalgewinne S. 76, wo er von der Umwandlung eines Zuwachses in einen Zufluss spricht; ähnlich in Bd 8 § 18 N 14. Es handelt sich aber stets um einen einmaligen Realisationstatbestand. Schütz S. 21 spricht denn auch von materiell einmaligem Wertzugang.
- 6) Känzig 2.A N 164 f zu Art. 21 I lit d.
- 7) Reimann/Zuppinger/Schärer Bd II N 20 ff und N 83 ff zu § 23; Känzig 2.A N 147 und N 210 ff zu Art. 21; Höhn Bd 8 § 30 N 13.
- 8) Höhn Bd 8 § 18 N 14.

3. Steuerliche Erfassung

3.1. Bund

Der Bund erfasst die Kapitalgewinne nur insoweit als steuerbares Einkommen, als sie bei buchführungspflichtigen Steuersubjekten anfallen ⁹⁾ oder aus gewerbsmässigem Handel. ¹⁰⁾

Alle anderen realisierten Kapitalgewinne sind demnach steuerfrei.

3.2. Kanton Zürich

Im Gegensatz zum Bund stellt das Zürcher Steuergesetz bei der Kapitalgewinnbesteuerung nicht auf das Kriterium der Buchführungspflicht des Steuersubjektes ab, sondern einerseits auf die Unterscheidung von Privat- und Geschäftsvermögen und andererseits auf die Natur des Objektes (bewegliches oder unbewegliches Vermögen). So bleiben alle auf dem beweglichen Privatvermögen realisierten Kapitalgewinne steuerfrei. ¹¹⁾ Die auf dem beweglichen Geschäftsvermögen realisierten Gewinne unterstehen der Einkommensbesteuerung, die auf unbeweglichem Vermögen realisierten Gewinne der Grundstückgewinnsteuer. ¹²⁾

9) BdBSt Art. 21 I lit d.

10) BdBSt Art. 21 I lit a.

11) StG Kt ZH 23: qualifiziertes Schweigen.

12) StG Kt ZH 154 ff.

4. Konsequenzen aus der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne

Der Entscheid darüber, ob ein Wertzufluss als Vermögensertrag oder Kapitalgewinn zu qualifizieren ist, kann für den Steuerpflichtigen von grosser finanzieller Bedeutung sein.

Es erstaunt denn auch kaum, dass manch ein Steuerpflichtiger Massnahmen trifft, um Leistungen in der steuergünstigen Form des Kapitalgewinnes zu realisieren. Dass der Fiskus solchen Massnahmen erhöhte Aufmerksamkeit schenkt, ist verständlich. Dies darf aber nicht dazu führen, dass der Kreis der von Gesetzes wegen steuerfreien Kapitalgewinne laufend zugunsten steuerbarer Einkünfte eingeschränkt wird ¹³⁾. Vielmehr sind Steuerbehörden und Justiz an den Entscheid des Gesetzgebers gebunden, Kapitalgewinne steuerfrei zu belassen. ¹⁴⁾

13) Es geht auch nicht an, der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne den definitiven Charakter abzusprechen, wie dies Locher in einer Buchbesprechung tut: "Ebenso die Nichtbesteuerung der Kapitalgewinne auf beweglichem Privatvermögen stellt nichts anderes als eine Art Steuer-aufschub dar und hat damit gleichfalls bloss provisorischen Charakter". (Locher, in ASA 55, 464). Diese Aussage lässt sich weder anhand der Gesetzesmaterialien etwa zum Bundessteuerbeschluss noch zum Zürcher Steuergesetz erhärten. Ebenso führt eine systematische Auslegung nicht zu diesem Resultat. Der Kapitalgewinnatbestand steht nämlich nicht im Dienste des Liquidationsgewinnatbestandes und damit des Nennwertprinzips. Er hat vielmehr seine selbständige Bedeutung.

14) Känzig, in SAG 46, 1974, S. 93; Känzig, in ASA 42, 529; Känzig, in ASA 44, 5.

II. Abgrenzung zum Gewinn der Aktiengesellschaft selbst

Aus der bereits besprochenen zivilrechtlichen Zweiteilung zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär folgt die ebenfalls bereits skizzierte selbständige steuerliche Erfassung der Aktiengesellschaft als Steuersubjekt.¹⁵⁾

Diese Trennung, die zur bekannten wirtschaftlichen Doppelbelastung führt, muss konsequent befolgt werden. Der erwirtschaftete Ertrag der Aktiengesellschaft ist allein ihr zuzuordnen. Eine Zurechnung dieser Komponenten zum steuerbaren Einkommen des Aktionärs kann nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage oder bei Steuerumgehung in Frage kommen.¹⁶⁾

III. Abgrenzung zu den Tantiemen

Unter Tantiemen versteht man Anteile der Angestellten am Reingewinn der sie beschäftigenden Gesellschaft.¹⁷⁾

Aktienrechtlich werden nur die an Mitglieder der Verwaltung entrichteten Gewinnanteile als Tantiemen bezeichnet, nicht aber die an weitere Angestellte entrichteten Betriebs-tantiemen.¹⁸⁾

Aus steuerlicher Sicht spielt diese Unterscheidung jedoch keine Rolle. Vielmehr liegt das entscheidende Element in der Tatsache, dass die Kausa jeder Art von Tantieme im Arbeitsverhältnis und nicht in der Mitgliedschaft des Lei-

15) Reimann/Zupping/Schärer Bd III N 2 zu Vorbemerkungen zu § 43-52 und N 1 zu § 43; Höhn Bd 8 § 8 N 4 und § 22 N 6.

16) Siehe z.B. ausdrückliche gesetzliche Grundlage im StG Kt ZH 44. Zupping, Vorlesungsskriptum I S. 218; Höhn Bd 8 § 22 N 7.

17) von Greyerz S. 252.

18) OR 677.
Bürgi ZH Ko, ZH 1957, N 2 und N 4 zu OR 677.

stungsempfängers an der Gesellschaft besteht.¹⁹⁾ Daran anknüpfend ist die Tantieme dem Bereich des Erwerbseinkommens und nicht demjenigen des Ertragseinkommens zuzuordnen.²⁰⁾

IV. Abgrenzung zur Einräumung von Mitarbeiteraktien

Mitarbeiteraktien entstehen dadurch, dass die arbeitgebende Aktiengesellschaft ihren Angestellten Bezugsrechte zum Erwerb von Aktien einräumt und jene von den Mitarbeitern ausgeübt werden.

Mit der Ausgabe von Mitarbeiteraktien kann etwa das Ziel verfolgt werden, einzelne Arbeitnehmer speziell zu belohnen oder Angestellte mittels finanzieller Beteiligung stärker an die Gesellschaft zu binden.²¹⁾ Steuerlich relevant werden die Zuweisungen dann, wenn das Bezugsrecht zu einem unter dem Verkehrswert der Aktie liegenden Preis ausgeübt wird.

Die Differenz zwischen Erwerbspreis und Verkehrswert wird als steuerbares Erwerbseinkommen erfasst. Erwerbseinkommen deshalb, weil die Kausa des nicht-marktkonformen Bezugspreises allein im Arbeitsverhältnis liegt.²²⁾ Durch

die Vergabe von Mitarbeiteraktien entsteht ja gerade erst ein Mitgliedschaftsverhältnis, sodass die Qualifikation als Beteiligungsertrag auch aus diesem Grund ausgeschlossen ist.

19) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 20 zu § 19 lit a.

20) Siehe die Zuordnung zum Erwerbseinkommen bei: Reimann/Zuppinger/Schärner zu ZH StG 19 lit a; Känzig zu BdSt Art. 21 I lit a; Höhn Bd 5 S. 64; Pfund Bd I N 3.16 zu Art. 4.

21) Zuppinger, in ASA 40, 225; Noher, in StR 27, 1972, S. 193.

22) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 49 ff zu § 19 lit a;
Forts. Fussnote

Der steuerbare Differenzbetrag reduziert sich im übrigen, wenn der Angestellte über die Aktien nicht frei verfügen kann, sei es, dass sie während einer bestimmten Sperrfrist nicht veräussert werden dürfen, sei es, dass sie nach Auflösung des Arbeitsverhältnisses zum Bezugspreis wieder an die Gesellschaft abzutreten sind.²³⁾

V. Abgrenzung zur Kapitalrückzahlung

Die Einkommenssteuergesetze gehen einhellig davon aus, dass steuerbarer Aktienertrag nur sein kann, was nicht Rückzahlung bestehender Kapitalanteile darstellt.²⁴⁾

Besinnen wir uns der allgemeinen Einkommensdefinition, so können wir nur feststellen, dass der vorgenannte Vorbehalt offene Türen einrennt. Reine Vermögensumschichtungen und -verschiebungen stellen danach nie Einkommen dar.²⁵⁾

Werfen wir einen Blick auf die im Rahmen der Rückzahlung von Kapitalanteilen bestehende Praxis, so stellen wir jedoch fest, dass die Meinungen darüber, was steuerfrei rückzahlbar sein soll, auseinandergehen.²⁶⁾

Forts. Fussnote

Masshardt 2.A N 39 zu Art. 21 I lit a; Känzig 2.A N 26 zu Art. 21 I lit a; Zuppinger, in ASA 40, 231 ff.
VGr Kt ZH: StR 28, 1974, S. 77.

23) Für die genaue Berechnung siehe Kreisschreiben der EStV vom 8.11.1973 betreffend die Besteuerung von Mitarbeiteraktien.

24) Höhn Bd 5 S. 97.
Bund: BdBSt Art. 21 I lit c in fine.
Kt ZH: StG 19 lit c in fine.
Verrechnungssteuer: VO zum VStG Art. 20 I in fine.

25) Dies bestätigt grundsätzlich auch das Bundesgericht: ASA 34, 291.

26) Siehe hinten: Liquidationsgewinne: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5.

4. KAPITEL: Die wirtschaftliche Mehrfachbelastung der Aktienerträge

§ 1: Das Problem

Die Aktiengesellschaft als juristische Person stellt ein eigenständiges Steuersubjekt dar. Sie wird, analog zu den natürlichen Personen, anhand ihres eigenen Gesamtreinertrages besteuert.

Diese Vorbelastung bei der Gesellschaft bringt es mit sich, dass Aktienerträge steuerlich immer doppelt belastet sind, nämlich einmal als Ertrag auf Stufe Gesellschaft und zudem als Dividendeneinkommen auf Stufe Aktionär. Handelt es sich beim Aktionär zudem um eine juristische Person, so tritt eine Drei- oder Mehrfachbelastung ein, denn auch bei einer Aktiengesellschaft sind Beteiligungserträge grundsätzlich Bestandteil des steuerbaren Ertrages.¹⁾ Ohne Milderungsmassnahmen wird demnach ein Steuersubjekt direkt für Werte erfasst, die ein anderes Steuersubjekt bereits zu versteuern hatte.²⁾

§ 2: Die Mehrfachbelastung im allgemeinen

I. Allgemeines

Die Auswirkungen der wirtschaftlichen Mehrfachbelastung gelten allgemein als unerwünscht.³⁾ Demzufolge wurden auf Bundes- wie auf kantonaler Ebene gesetzliche Massnahmen zu deren Vermeidung bzw Milderung getroffen, mithin

1) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 1 zu § 50; Cagianut/Höhn § 11 N 10; Höhn Bd 8 § 26 N 2 und N 9; Reich, in StR 37, 1982, S. 542; Amtsblatt Kt ZH, 1981, S. 862 ff.

2) Känzig, Einkommenssteuersystem S. 26 f.

3) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 1 zu § 50; Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 26 b zu § 50; Masshardt N 1 zu Art. 59; Reich, in StR 37, 1982, S. 542 f.

mithin Ausnahmen von der generellen Steuerbarkeit der Beteiligungserträge statuiert.

II. Holdingprivilegien und Beteiligungsabzug ⁴⁾

1. Holdingprivileg ⁵⁾

Im Rahmen eines Holdingprivilegs werden Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich ⁶⁾ in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen an anderen Gesellschaften liegt, von der Ertragssteuer gänzlich befreit. ⁷⁾ Entscheidend ist demnach das subjektive Kriterium des Zweckes der Gesellschaft. Sind die gestellten Anforderungen erfüllt, so wird die Dreifachbelastung vollständig beseitigt. Je nach konkreter Ausgestaltung erlaubt das System zudem, gewisse untergeordnete Nebenerträge ebenfalls steuerfrei zu realisieren.

4) Höhn Bd 8 § 26 N 9 ff.
Für weiterführende Angaben sei auf Oesch und Egger verwiesen.

5) Ein solches besteht in allen Kantonen, nicht aber im Bund.

6) Die gesetzlichen Umschreibungen variieren von hauptsächlich, zu vorwiegend, überwiegend oder ausschliesslich. Zudem sind häufig bestimmte Mindestverhältnisse von Beteiligungen zu den Gesamtaktiven und/oder von Beteiligungsertrag zu Gesamtertrag statuiert. Damit wird das subjektive Erfordernis des Gesellschaftszweckes stark objektiviert. Zu den detaillierten Anforderungen, die an eine Holding-Gesellschaft gestellt werden, siehe: Oesch S. 51 ff und 307 ff; Zuppinger/ Böckli/ Locher/Reich S. 258 ff; Egger S. 18 ff.

7) Bsp. Kt ZH; siehe hinten: Reimann/Zuppinger/Schärrier Bd III § 50; Zuppinger/Schärrier/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 4 - 24 zu § 50.
Amtsblatt Kt ZH, 1981, S. 867 f.
Höhn Bd 8 § 26 N 4 und N 18 ff.

2. Beteiligungsabzug

Hält eine Betriebsgesellschaft eine massgebliche Beteiligung⁸⁾, so wird der darauf entfallende Ertrag regelmässig privilegiert behandelt.⁹⁾ Die Privilegierung erfolgt gewöhnlich nicht durch eine Ausnahme von der Besteuerung. Vielmehr wird die auf dem Gesamtertrag berechnete Steuer im Verhältnis des Beteiligungsertrages zum Gesamtertrag reduziert. Entscheidend ist hier demnach allein das objektive Kriterium, ob eine Gesellschaft eine massgebliche Beteiligung im Sinne des Gesetzes hält oder nicht.

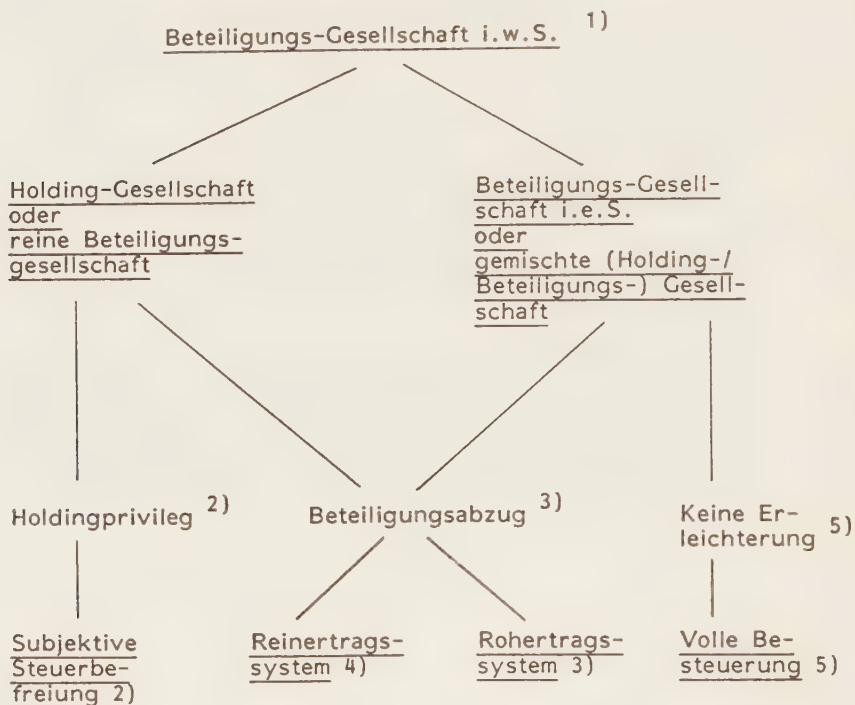
Dieser Beteiligungsabzug findet insbesondere im Bund auch auf reine Holdinggesellschaften Anwendung, das heisst auf Gesellschaften, deren Zweck hauptsächlich in der dauernden Verwaltung von Beteiligungen liegt, da es an einem besonders ausgestalteten Holdingprivileg fehlt.¹⁰⁾

8) Was konkret unter einer massgeblichen Beteiligung zu verstehen ist, sagt das anwendbare Steuergesetz.
Im weiteren, siehe: Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 26 a ff zu § 50; Cagianut/Höhn § 11 N 11 ff; Höhn Bd 8 § 26 N 3 + N 11 ff; Oesch S. 54 ff und S. 430 ff.

9) Einzige Ausnahme: Kt Uri, der nur ein Holdingprivileg kennt, aber keinen Beteiligungsabzug.

10) Cagianut/Höhn § 11 N 17; Masshardt N 1 zu Art. 59.

3. Uebersicht über die Besteuerung von Beteiligungsgesellschaften



1) Die Begriffe werden nicht einheitlich gehandhabt.
Siehe z.B.: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 3 zu § 50; Reich, in StR 37, 1982, S. 542.
Für eine systematische Zusammenstellung der kantonalen Regelungen, siehe Oesch sowie Bühler S. 132.

2) Bsp: Kt ZH.

3) Bsp: Bund.

4) Bsp: Kt ZH.

5) Bsp: Kt UR.

III. Schlussfolgerung

Die vorgehenden Ausführungen haben gezeigt, dass Art und Umfang der Besteuerung der Aktienerträge massgeblich durch das Steuersubjekt selbst beeinflusst werden.

Handelt es sich bei letzterem um eine juristische Person, so tritt regelmässig nur eine reduzierte Belastung ein oder die Erträge werden sogar völlig von der Besteuerung ausgenommen.

Damit bestehen wirksame Mittel zur Milderung oder gar Beseitigung der wirtschaftlichen Mehrfachbelastung, soweit es um eine Dreifach- oder allenfalls noch höhere Belastung geht.

§ 3: Die wirtschaftliche Doppelbelastung im besonderen

I. Allgemeines

Währenddem den bestehenden Massnahmen zur Vermeidung der wirtschaftlichen Mehrfachbelastung keine Opposition erwächst, gehen die Auffassungen betreffend Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung stark auseinander.

Kritisiert wird die Doppelbelastung vor allem von der Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften.¹¹⁾

Kräftig befürwortet und zu einer Art steuerlichen "Dogmas" emporgehoben wird sie jedoch von verschiedenen Verwaltungs- und Justizorganen.¹²⁾ Ebenso hält der Bundesrat in

11) Siehe Gutachten.

12) BGE, in StE 1986 B 24.4 Nr. 6 b + c = ASA 55, 206 ff, insbesondere S. 211 f = StR 41, 1986, S. 93 ff.
Das BGr spricht in diesem Entscheid in E 4 vom Normzweck, den es zu verwirklichen gelte.

seinen Entwürfen zur Steuerharmonisierung sowie zur direkten Bundessteuer an ihr fest.¹³⁾

Im weiteren zeigt ein Blick auf die Steuergesetze, dass die geübte Kritik weitgehend erfolglos geblieben ist. So bestehen denn nur wenige kantonale Regelungen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung. Die Mehrzahl der Kantone sowie der Bund sehen dagegen keine derartigen Massnahmen vor.

Soweit im anwendbaren Steuergesetz keine ausdrücklichen Entlastungsmassnahmen statuiert sind, hat man sich mit der Doppelbelastung abzufinden. De lege ferenda scheint eine erneute Prüfung des Problemkreises aber angebracht.

II. Kritik am jetzigen System

1. Das Einphasensystem der Einkommensbesteuerung

Sämtliche 27 Einkommenssteuergesetze gehen vom Grundsatz der einmaligen steuerlichen Erfassung von Wertzuflüssen aus. Daneben stellt die wirtschaftliche Doppelbelastung der Aktienerträge einen Einbruch ins System dar.

2. Das Problem der rechtsgleichen Besteuerung

Ein Steuersystem hält nur dann vor dem Gleichheitsartikel der Verfassung stand, wenn es auf sachlich begründeten Differenzierungen aufbaut.¹⁴⁾ Die gesetzlichen Regeln haben sich dabei insbesondere an folgenden Grundsatz zu halten: "Gleiches ist nach Massgabe seiner Gleichheit gleich, Ungleiches nach Massgabe seiner Ungleichheit ungleich zu

13) Botschaft S. 54 ff.

14) BV Art. 4.

behandeln". ¹⁵⁾ Dabei sind nicht jegliche Differenzierungen ausgeschlossen, doch dürfen hiezu nicht "sachliche und vernünftige Gründe fehlen". ¹⁶⁾

Hält man sich diese grundlegenden Aussagen vor Augen und vergleicht man die Besteuerung der Aktienerträge mit derjenigen der Zinsen, so kommen Zweifel auf, ob die bestehende Differenzierung sich sachlich rechtfertigen lässt. ¹⁷⁾ So macht es sowohl aus der Sicht eines beherrschenden Aktionärs als auch aus der Sicht der beherrschten Gesellschaft keinen unwesentlichen Unterschied, ob die Gesellschaft mit Eigen- oder Fremdkapital finanziert wird. Für den Aktionär geht es immer um die Tätigkeit einer Investition, für die Gesellschaft um ihre Finanzierung. Selbst für Gesellschaftsgläubiger entfällt der Unterschied dann, wenn der Aktionär bezüglich seines Darlehens zu einem Rangrücktritt gezwungen wird. Es würde sich demnach eine gleiche steuerliche Erfassung der zwei Bereiche aufdrängen.

15) Häfelin-Haller S. 449 ff N 1566 ff; ebenso: Cagianut, in ASA 47, 69 ff.

16) Häfeli-Haller S. 449 ff N 1566 ff.

17) Känzig, Einkommenssteuersystem S. 29.

III. Varianten zur Milderung oder Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung

1. Allgemeines

Grundsätzlich stehen drei Wege zur Milderung der Doppelbelastung offen. Es kann auf der Ebene des Aktionärs vorgegangen werden, oder aber auf derjenigen der Gesellschaft. Zudem können beide Bereiche kombiniert werden.¹⁸⁾

2. Massnahmen auf Stufe Aktiengesellschaft

2.1. Abzug einer Normaldividende¹⁹⁾

Das System der Abzugsfähigkeit einer Normaldividende erlaubt der Aktiengesellschaft, den steuerbaren Reingewinn um den Betrag einer effektiv ausgeschütteten Dividende zu verringern. Die Höhe dieses Abzuges wird jedoch beschränkt auf einen Betrag, der einer üblichen Verzinsung des investierten Kapitals entspricht.²⁰⁾

2.2. Anwendung eines gespaltenen Steuersatzes oder eines Zweistufentarifes

Im Rahmen des gespaltenen Steuersatzes wird bei der Steuerbemessung unterschieden, ob der steuerbare Ertrag effektiv an die Aktionäre ausgeschüttet oder ob er in der

18) Botschaft S. 55; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 229 f; Staehelin, in ASA 53, 241 ff, insbesondere S. 247 ff; Höhn, in ASA 38, 44 ff; Gutachten S. 64 ff.

19) Botschaft S. 56; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 230; Staehelin, in ASA 53, 252 ff; Höhn, in StR 25, 1970, S. 312; Gutachten S. 74 ff.

20) Die Sätze variieren in etwa zwischen 4 und 6 %.

Gesellschaft zurückbehalten wird. Auf dem ersteren Teil findet ein niedrigerer Steuersatz Anwendung als auf dem letzteren.²¹⁾

Als Untervariante hiezu kann der Zweistufentarif angeführt werden. Hier wird ein Teil des steuerbaren Ertrages, unabhängig davon, ob er ausgeschüttet wird oder nicht, niedriger belastet als der verbleibende Ertrag.^{22), 23)}

3. Massnahmen auf Stufe Aktionär²⁴⁾

Der Aktionär kann namentlich durch ein Anrechnungssystem steuerlich entlastet werden.

Die Entlastung erfolgt dadurch, dass dem Aktionär eine Steuergutschrift im Umfange der bereits von der Gesellschaft entrichteten Steuer gewährt wird.

Damit hat ein Anrechnungssystem keinen Einfluss auf die Steuerberechnungsgrundlage, es beeinflusst aber die Steuerbemessung.²⁵⁾

Im weiteren besteht auch die Möglichkeit, die Aktienerträge generell steuerfrei zu erklären.²⁶⁾

21) Botschaft S. 56; Staehelin, in ASA 53, 250; Gutachten S. 71 ff; Höhn, in StR 25, 1970, S. 313.
Siehe Regelung im Kt St. Gallen, StG 74 und Kt Thurgau, StG 51.

22) Siehe die Regelungen in den Kantonen Obwalden, StG 102 I und Kanton Aargau, Aktien-StG 18.

23) Kombination beider Systeme im Kt Solothurn, StG 97.

24) Botschaft S. 55 f; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 229 f; Staehelin, in ASA 53, 248 ff; Höhn, in StR 25, 1970, S. 313; Gutachten S. 68 ff.

25) Höhn Bd 8 § 10 N 1 und N 2.

26) Siehe die Regelungen in den Kantonen:
Kt Nidwalden, StG 29 Ziff 10 und Kt Appenzell Ausserrhoden, StG 26 II.
Beide Kantone verlangen, dass die dividendenzahlende Gesellschaft
Forts. Fussnote

IV. Die wirtschaftliche Doppelbelastung im Entwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer

1. Vorgeschlagene Regelung

Weder im Entwurf zum Steuerharmonisierungsgesetz noch zum Bundesgesetz über die direkten Bundessteuern sind Massnahmen zur Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung vorgesehen.

Damit wird am heute bestehenden System festgehalten und die Aktienerträge werden auch in Zukunft im Bund und der Mehrzahl der Kantone doppelt besteuert werden.

2. Bundesrätliche Rechtfertigung der wirtschaftlichen Doppelbelastung

2.1. Fehlende Verfassungsgrundlage im Bereich der Steuerharmonisierung

Der Bundesrat geht in seiner Botschaft ohne weitere Prüfung der Frage davon aus, dass der Bund im Rahmen der Steuerharmonisierung nicht kompetent sei, für Kantone und Gemeinden verbindliche Milderungsmassnahmen zu erlassen. Der ganze Bereich unterstehe vielmehr der den Kantonen und Gemeinden verbleibenden Tarifoheit.²⁷⁾

Der Erlass von Massnahmen zur Milderung der Doppelbelastung scheint ihm somit von vorneherein ausgeschlossen.

Forts. Fussnote

ihren Sitz im Kanton hat.

Kt Appenzell Innerrhoden, StG 23 lit b. Hier ist Voraussetzung der Steuerbefreiung, dass sich die AG nach den Regeln der natürlichen Personen besteuern lässt.

27) Botschaft S. 56.

2.2. Materielle Argumente

Der Bundesrat stellt ganz allgemein in Abrede, dass es sachlich gerechtfertigt sei, die wirtschaftliche Doppelbelastung zu beseitigen.²⁸⁾

Zur Begründung werden zwei Argumente vorgebracht. Zum einen führt der Bundesrat aus, die Gesamtsteuerbelastung der Aktienerträge liege in vielen Fällen deutlich unter derjenigen der Erträge aus vergleichbaren Personengesellschaften, zum anderen macht er geltend, dass die Gesamtzahl an Aktiengesellschaften laufend zunehme. "Die wirtschaftliche Doppelbelastung scheint mithin kein ins Gewicht fallendes Hindernis für die Wahl dieser Rechtsform darzustellen".²⁹⁾

3. Kritik an der bundesrätlichen Haltung

3.1. Die Problematik der verfassungsmässigen Grundlage für den Bereich der Steuerharmonisierung

Wie bereits angedeutet, steht dem Bund nur eine beschränkte Kompetenz zur Harmonisierung der direkten Steuern zu.³⁰⁾

Diese ermächtigt ihn namentlich, Grundsätze betreffend den Gegenstand der Steuern zu bestimmen, nicht jedoch Tarifbestimmungen zu erlassen.³¹⁾

28) Botschaft S. 56.

29) Botschaft S. 57.

30) Für die grundsätzliche Kompetenzordnung sei nach vorne verwiesen: 1. Teil, 1. Kapitel, § 1.

31) BV 42quinquies.
Siehe vorne: 1. Teil, 1. Kapitel, § 1, III.

Das hier zentrale Problem besteht demnach in der Beantwortung der Frage, ob die Massnahmen zur Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung dem Bereich der Steuerobjekte oder demjenigen der Steuertarife zuzuordnen sei. Es zeigt sich, dass hiezu keine generelle Lösung besteht. Vielmehr muss nach den verschiedenen möglichen Milderungsmassnahmen unterschieden werden.

- Gespaltener Steuersatz: Diese Milderungsmassnahme ist diskussionslos den Tarifbestimmungen zuzuordnen und fällt somit von vorneherein für die Harmonisierung ausser Betracht.³²⁾
- Anrechnungssystem: Diese Massnahme wirkt sich direkt auf die Steuerbemessung aus. Damit würde auch mit dieser Milderungsmassnahme in kantonale Kompetenzen eingegriffen.
- Abzugsfähigkeit einer Normaldividende: Hier liegen die Verhältnisse ganz anders als bei den zwei oben beschriebenen Massnahmen. Mit der Statuierung der Abzugsfähigkeit einer Normaldividende wird der steuerbare Reinertrag einer Aktiengesellschaft bestimmt. Mit anderen Worten, es wird ein Steuerobjekt definiert.

Hiezu ist der Bund aber explizit ermächtigt.^{33), 34)}

32) Botschaft S. 56; Gutachten S. 115.

33) BV 42quinquies.

34) Gleicher Ansicht:
Gutachten: keine spezifische Ausführungen zur verfassungsmässigen Grundlage, aber Formulierungsvorschlag für Steuerharmonisierungsgesetz, der Abzugsfähigkeit einer Normaldividende beinhaltet, S. 78 f und 115; Staehelin, in ASA 53, 259.

Anderer Ansicht:
Botschaft S. 58.

Vorsichtig:

Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 229; Richli, in ASA 54, 118.

Der vorgebrachte Einwand, dass Bestimmungen über Steuerobjekte Auswirkungen auf die Steuereinnahmen der Kantone und Gemeinden hätten und deshalb in die Tarifoheit dieser eingriffen, ist unbehelflich.³⁵⁾ Der Verfassungsgeber hat eindeutig zwischen den Steuerobjekten und den auf sie anwendbaren Tarifen unterschieden. Dass der erstere Bereich immer Auswirkungen auf den letzteren haben muss und letztendlich auch auf den Steuerertrag, ergibt sich von selbst. Diese Konsequenz kann kein Argument sein, die klare Trennung im Verfassungstext zu umgehen. Der Bund hat das Recht, über Steuerobjekte von Kantons- und Gemeindesteuern zu bestimmen. Damit hat er indirekt auch die Möglichkeit, die kantonalen und kommunalen Steuereinnahmen zu beeinflussen.

Diesen Schluss hat auch der Ständerat gezogen. So schlägt er in seinen Beschlüssen zum Steuerharmonisierungsgesetz vom 20. März 1986 und vom 7. Oktober 1986 entgegen dem Bundesrat vor, dass die Kantone auf dem Wege der Gesetzgebung die Doppelbesteuerung im Verhältnis zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft vermindern können.³⁶⁾,³⁷⁾

3.2. Steuerbelastungsvergleich zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär einerseits sowie Personengesellschafter andererseits

Der Bundesrat misst diesem Steuerbelastungsvergleich in der Diskussion um die Doppelbelastung grosse Bedeutung zu.

35) Botschaft S. 58; Richli, in ASA 54, 118; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 229.

36) Beschlüsse des Ständerates vom 20. März 1986 und vom 7. Oktober 1986 zur Einführung eines Art. 6 II StHG.

37) Im weiteren hat in der Zwischenzeit auch die nationalrätliche Kommission beschlossen, im Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer einen Artikel 65 bis einzufügen, der die Abzugsfähigkeit einer Normaldividende vorsieht. (Beschluss vom 4./5. Mai 1987, bestätigt mit Beschluss vom 29./30. Oktober 1987).

Er stützt dabei seine Aussage, wonach die Gesamtsteuerbelastung des Aktienertrages in vielen Fällen unter derjenigen des Ertrages aus einer vergleichbaren Personengesellschaft liege, auf zwei Berichte aus den Jahren 1972 und 1975. 38) Dem Gutachten wirft er vor, kein einziges Beispiel zu enthalten, "... das nachweisen würde, dass die Steuerbelastung der Körperschaft einschliesslich Beteiligte höher ist als diejenige einer vergleichbaren Personenunternehmung." 39)

Es soll hier nicht darum gehen, ebenfalls Rechenübungen durchzuexerzieren. Entscheidend ist in diesem Zusammenhang vielmehr die Tatsache, dass der Bundesrat den angeschnittenen Fragenkomplex überbewertet und dabei das eigentliche Kernproblem der wirtschaftlichen Doppelbelastung in den Hintergrund drängt. Dieses Kernproblem besteht ja in der Besteuerung eines bereits vorbesteuerten Wertzuflusses und in der Tatsache, dass direkte Doppelbelastungen für die schweizerische Steuerordnung atypisch sind.

Die Botschaft enthält denn auch keine diesbezüglichen Ausführungen. Eine grundsätzliche Auseinandersetzung mit dem Problem, wie sie nun vom Ständerat und auch von der nationalrätlichen Kommission vorgenommen wurde, wäre aber notwendig gewesen und hätte starke Argumente für die Einführung von Milderungsmassnahmen ergeben.

38) Botschaft S. 58.

39) Botschaft S. 59.
Diese Aussage kann im übrigen entkräftet werden, siehe Gutachten, Beispiel S. 40 ff.

3.3. Steigende Zahl von Aktiengesellschaften

Als unbehelfliches Argument muss die Heranziehung von statistischem Zahlenmaterial betreffend Gesamtbestand an Aktiengesellschaften bezeichnet werden.⁴⁰⁾

Es ist naheliegend, dass bei der Wahl der Rechtsform einer Unternehmung neben den steuerlichen Gesichtspunkten massgeblich auch andere Faktoren berücksichtigt werden. Die steuerliche Doppelbelastung ist immer nur ein Element von vielen. Im Vordergrund stehen jedoch oft andere Gesichtspunkte, so etwa der Ausschluss der persönlichen Haftung der Gesellschafter, die Möglichkeit, die Gesellschaft auf einfachem Wege veräussern zu können oder die Tatsache, dass gewisse wirtschaftliche Tätigkeiten überhaupt nur mittels einer rechtlich verselbständigten Organisation ausführbar sind.⁴¹⁾ Steuerliche Aspekte spielen gerade in diesem letzteren Fall nur eine untergeordnete Rolle. Ihnen kommt erst bei der Sitzwahl eine grössere Bedeutung zu.

V. Internationaler Vergleich

1. Allgemeine Situation

Ein Blick über die Grenze zeigt, dass die Schweiz mit dem System der wirtschaftlichen Doppelbelastung im OECD Raum je länger je mehr eine Sonderstellung einnimmt. Ueblich ist heute ihre Vermeidung.⁴²⁾

⁴⁰⁾ Botschaft S. 59; Borkowsky, in ASA 49, 639.

⁴¹⁾ Bsp.: Holding- und Verwaltungsfunktionen.

⁴²⁾ So auch die Botschaft S. 54.

2. International praktizierte Massnahmen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung

Die Doppelbesteuerung wird international sowohl mittels Massnahmen auf Stufe Aktiengesellschaft, als auch auf Stufe Aktionär gemildert.⁴³⁾

Frankreich zum Beispiel praktiziert ein Anrechnungssystem ("avoir fiscal"). Der Aktionär hat dabei als steuerbares Einkommen nicht allein die ihm zufließende Dividende zu deklarieren, sondern zusätzlich noch die von der Aktiengesellschaft entrichtete Steuer, mit anderen Worten, den ihm anteilmässig zufließenden Gewinn vor Steuern der Gesellschaft.⁴⁴⁾ Andererseits wird die Steuerschuld des Aktionärs um die bereits von der Aktiengesellschaft entrichtete Steuer reduziert.

Oesterreich andererseits wendet einen gespaltenen Steuersatz an, geht also auf der Stufe der Gesellschaft vor.

Deutschland hingegen kombiniert beide Systeme. Zum einen wird dabei die Körperschaftssteuer auf dem auszuschüttenden Gewinn von 56 auf 36 % gesenkt, zum anderen erhält der inländische (!)⁴⁵⁾ Steuerpflichtige eine Gutschrift im Umfang der verbliebenen 36 %-Belastung.⁴⁶⁾

43) Für eine Zusammenstellung der im Ausland bestehenden Ordnungen, siehe Helbling S. 284.

44) European Taxation 1982, S. 326; Helbling S. 302 f.

45) Kritik hiezu bei Böckli, in ASA 47, 161 ff.

46) Knobbe-Keuk S. 356 ff.

3. Internationale Tendenzen

Eine kurze Analyse der im Ausland sich im Gange befindlichen Gesetzesrevisionen zeigt, dass nirgends der Weg zur Doppelbelastung eingeschlagen wird, sondern dass verschiedene Staaten konkrete Schritte zu deren Beseitigung eingeleitet haben. ⁴⁷⁾

VI. Würdigung Zusammenfassung

Die lege ferenda muss die Lösung des Problems in einer "integrierenden Betrachtungsweise" gesehen werden, wie dies die Schutzorganisation der privaten Aktiengesellschaften vorschlägt. ⁴⁸⁾

Das Steuerrecht muss zu einer den wirtschaftlichen Gegebenheiten gerechteren Lösung finden ⁴⁹⁾, die nicht darauf abstellt, in welcher Form der Aktionär die Investition in seiner Gesellschaft vornimmt.

⁴⁷⁾ z.B. Australien; Neuseeland.

⁴⁸⁾ Gutachten S. 31 ff; Staehelin, in ASA 53, 246.

⁴⁹⁾ Das gilt sowohl für personenbezogene - als auch für Publikums-Gesellschaften.

2. TEIL: AKTIENERTRAG ALS STEUEROBJEKT - UMFANG UND GRENZEN

1. KAPITEL: Einleitung

Bis anhin haben sich die Ausführungen vornehmlich auf die Grundlagen des Aktienertrages sowie auf das ihn erfassende Steuersystem bezogen.

Umfang und Grenzen des Steuerobjektes selbst wurden erst insofern gestreift, als es um erste grundlegende Abgrenzungen ging. Die nun folgenden Erörterungen sollen diesen Problemkreis detaillierter erfassen und gezielt auf die drei Grundelemente des Aktienertrages ausgerichtet sein.¹⁾

Ziel ist es somit zu zeigen:

- Was geldwerte Leistungen der Aktiengesellschaften an ihren Aktionär sind,
- Wann diese Leistungen ihre Kausa im Mitgliedschaftsverhältnis haben
und
- Wann wir es mit steuerneutralen Kapitalrückzahlungen zu tun haben.

¹⁾ Siehe vorne: Einleitung.

2. KAPITEL: Subsumption der vermögensmässigen Rechte des Aktionärs unter den steuerrechtlichen Tat- bestand des Beteiligungsertrages ¹⁾

§ 1: Dividenden

I. Zivilrechtlicher Begriff

"Dividende ist der Anteil am Reingewinn, der zur Auszahlung an die Aktionäre gelangt. ... Die Dividende wird in der Regel als Bardividende ausgerichtet, doch können auch Sachwerte als Gewinnanteil ausgeschüttet werden." ²⁾, ³⁾

II. Steuerliche Erfassung

Messen wir die obige Umschreibung an den drei Grundelementen des Aktienertrages im Sinne des Steuerrechts, so stellen wir fest, dass gesetzmässig ausgeschüttete Dividenden immer steuerbaren Aktienertrag darstellen. ⁴⁾

Die AG erbringt ihren Aktionären eine geldwerte Leistung. Sie überträgt erwirtschafteten Reingewinn auf ihre Gesellschafter. Die Kausa dieser Leistung liegt im Mitgliedschaftsverhältnis. Zudem verhindern Schutzbestimmungen des OR, dass im Rahmen der Dividendenausschüttung bestehende

-
- 1) Zu den einzelnen vermögensmässigen Rechten des Aktionärs, siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, II, 2.2.
- 2) von Greyerz S. 249;
ebenso: Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 40 zu § 19 lit c + d;
Känzig 2.A N 109 zu Art. 21.
OR 660 I.
- 3) Zu den einzelnen an eine gesetzmässige Dividendenauszahlung gestellten Voraussetzungen, siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, III.
- 4) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 40 ff zu § 19 lit c + d.

Kapitalanteile zur Rückzahlung an die Aktionäre gelangen.
5)

Unwesentlich ist dabei, ob die ausgeschüttete Dividende aus Mitteln des abgelaufenen oder früherer Geschäftsjahre stammt.⁶⁾ Ebenso ist die Verwendungsart beim Empfänger unwesentlich.⁷⁾

§ 2: Bauzinsen

1. Zivilrechtlicher Begriff

Bauzinsen sind Zahlungen der AG an ihre Aktionäre, die während der Vorbereitungs- und Bauphase bis zur vollen Inbetriebnahme der Unternehmung erfolgen.⁸⁾

Sie dürfen nur bei entsprechender statutarischer Grundlage ausgerichtet werden.⁹⁾ Aus dieser muss sich auch ihre Höhe ergeben, sowie die Dauer ihrer Ausrichtung.¹⁰⁾

Mit den Bauzinsen hat der Gesetzgeber ein Institut geschaffen, das ermöglicht, den geldgebenden Aktionären bereits während der Aufbauphase eine gewisse Gegenleistung zu

5) OR 675 I.
Hiezu, siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, III.

6) Reimann/Zuppinger/Schärfer Bd II N 41 § 19 lit c + d.

7) Steuerbar bleibt die Dividende auch dann, wenn der Aktionär diese dazu verwendet, ein zur Finanzierung seines Kapitalanteils aufgenommenes Darlehen zurückzubezahlen.
Känzig 2.A N 109 zu Art. 21.

8) OR 676 I.

9) OR 627 Ziff 3.

10) BGE 37 II 69 ff.

erbringen, obwohl die Gesellschaft noch keine ausschüttbaren Gewinne realisiert. ¹¹⁾

II. Rechtliche Qualifikation

Es ist fraglich, ob die Bauzinsen gemäss ihrem Wortlaut den Zinsen oder nicht viel eher den Dividenden zuzuordnen sind.

Für die Zuordnung zu den Zinsen spricht zwar die Tatsache, dass ihre Höhe unabhängig vom Gewinn der Gesellschaft ist. Zudem können Bauzinsen handelsrechtlich aktiviert und anschliessend abgeschrieben werden. Sie stellen somit eine effektive Kostenstelle innerhalb der Unternehmung dar. ¹²⁾

Andererseits gilt es aber zu beachten, dass es gerade am typischen Merkmal des Darlehens, der Kapitalhingabe mit Rückzahlungsanspruch, fehlt. ¹³⁾ Zudem fällt entscheidend ins Gewicht, dass sich die Kausa der Bauzinsenleistung aus dem Mitgliedschaftsverhältnis entwickelt hat.

Gesamthaft kann demnach aus zivilrechtlicher Sicht mit BÜrgi gesagt werden, dass das Recht auf Bauzinsen eine gewisse Verselbständigung von der Mitgliedschaft erfahren hat. ¹⁴⁾ Dies darf aber nicht als völlige Loslösung verstanden werden.

11) BÜrgi ZH Ko, ZH 1957, N 6 zu OR 676; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 246 N 23.

12) RHB 2.2/S. 72, 3.4/S. 12; BÜrgi ZH Ko, ZH 1957, N 9 zu Art. 676; Känzig, in ASA 42, 87 f. OR 676 I.

13) Schucany N 2 zu Art. 676; von Steiger S. 62.

14) BÜrgi ZH Ko, ZH 1957, N 7 zu Art. 676.

III. Steuerliche Erfassung

1. Allgemeines

Bei der steuerlichen Erfassung der Bauzinsen stellt sich ebenfalls vorab das Problem der Zuordnung.

Beim Aktionär als natürliche Person werden die Bauzinsen zwar unabhängig davon, ob sie als Zinsen oder Dividenden zu qualifizieren sind, als steuerbaren Vermögensertrag erfasst. Für die leistende Gesellschaft hingegen ist die Unterscheidung von Bedeutung, stellen doch nur erstere Aufwand dar, währenddem letztere Gewinnverteilung bedeuten.

Ebenso ist die Differenzierung notwendig, sobald eine juristische Person als Aktionär auftritt, da eine solche allenfalls einen Beteiligungsabzug geltend machen kann oder gar unter ein Holdingprivileg fällt.¹⁵⁾

Zudem kann die Unterscheidung in internationalen Verhältnissen von Bedeutung sein, wenn es zum Beispiel darum geht, Quellensteuerentlastungen aufgrund von Doppelbesteuerungsabkommen in Anspruch zu nehmen und verschiedene Entlastungssätze für Zinsen einerseits und Dividenden andererseits bestehen.

2. Zuordnung und Besteuerung

Aus steuerlicher Sicht kann die Zuordnung anhand der Prüfung der drei kumulativ an den Beteiligungsertrag gestellten Voraussetzungen erfolgen. Liegen sie vor, so ist die Zuordnung erfolgt und es ergeben sich die entsprechenden Steuerfolgen. Sollten die geforderten Elemente nicht gegeben sein, so wäre das Vorhandensein der aus steuer-

¹⁵⁾ Siehe vorne: 1. Teil, 4. Kapitel, § 2, II.

licher Sicht an die Zinsen gestellten Voraussetzungen zu prüfen.

Rufen wir uns die Elemente des steuerbaren Beteiligungsertrages in Erinnerung, so stossen wir vorab auf die Frage nach der Kausa der Leistung. Aus zivilrechtlicher Sicht haben wir gesehen, dass der Bauzinsanspruch eine gewisse Verselbständigung weg vom Mitgliedschaftsrecht erfahren hat. Dies kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Mitgliedschaft für Bauzinsen immer noch eine *conditio sine qua non* darstellt. Es kommt hinzu, dass kein weiteres Rechtsverhältnis besteht, etwa ein Darlehensvertrag, aus welchem sich das Recht auf Bauzinsen ergeben könnte. Damit steht fest, dass die Kausa der Bauzinsen einzig im Gesellschaftsverhältnis besteht.

Das weitere an den Beteiligungsertrag gestellte Erfordernis des Erbringens einer geldwerten Leistung ist selbstredend gegeben.

Was verbleibt, ist die Prüfung der Problematik der Rückzahlung bestehender Kapitalanteile.

Hier gilt es zu beachten, dass die Leistung von Bauzinsen wirtschaftlich tatsächlich eine Kapitalrückleistung darstellt, die immer dann an der Substanz des Grundkapitals zehrt, wenn nicht eine Ueberpari-Emission zu einer entsprechenden Reserve geführt hat. Trotzdem stellt dieser Vorgang keine steuerneutrale Rückzahlung bestehender Kapitalanteile dar. Dies folgt aus der Tatsache, dass die Bauzinsen dem Anlagekonto zu belasten sind.¹⁶⁾ Damit wird erreicht, dass diese Leistungen ohne Einfluss auf den bilanzmässigen Umfang des Eigenkapitals der Gesellschaft sind und als Folge davon, ohne Einfluss auf den Umfang der Beteiligung selbst.

16) OR 676 I.

Damit konnte aber gezeigt werden, dass alle drei aus steuerlicher Sicht an den Beteiligungsertrag gestellten Erfordernisse vorliegen. Die Bauzinsen sind demnach als solchen zu behandeln. ¹⁷⁾

Aus der Tatsache, dass die Gesellschaft die geleisteten Bauzinsen aktivieren muss, kann kein gegenteiliger Schluss gezogen werden, denn aus steuerlicher Sicht sind Abschreibungen auf diesem Aktivposten nicht zulässig. ¹⁸⁾

Die Aktivierung der Bauzinsen führt im übrigen auch dazu, dass die Gesellschaft ihre Dividendenzahlung im gleichen Zeitpunkt aufnehmen kann, wie wenn sie keine Bauzinsen geleistet hätte. ¹⁹⁾

§ 3: Bezugsrecht

I. Zivilrechtlicher Begriff

Das Bezugsrecht gibt dem Aktionär das Recht, im Zuge einer Kapitalerhöhung Aktien im Verhältnis zu seiner bisherigen Beteiligung zu erwerben. ²⁰⁾

Dieses Recht stellt dann einen Vermögenswert dar, wenn die AG offene oder stille Reserven aufweist und die neuen Aktien unter dem Verkehrswert der bestehenden Titel

17) gl. M.: Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 21 zu § 45; Schärner, in ASA 43, 289 f; Pfund Bd I für die VSt: N 3.34 zu Art. 4.
a. M.: Känzig 1.A N 71 zu Art. 49; Känzig, in ASA 42, 90; Känzig, Ergbd 2.A N 71 zu Art. 49; Masshardt 2.A N 44 zu Art. 22.

18) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 21 zu § 45.
a.M.: Känzig, in ASA 42, 90.

19) Bürge ZH Ko, ZH 1957, N 8 zu Art. 676; Känzig, in ASA 42, 87 f.

20) Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 273 N 65 ff; Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 244 f N 15 ff; von Greyerz S. 159 ff; Gohl/Merz/Kummer S. 643 f.
OR 652.

ausgegeben werden. Das Bezugsrecht gibt dem Aktionär in einem solchen Fall die Möglichkeit, seinen bisherigen latenten Anspruch auf die bestehenden Reserven zu sichern.²¹⁾ Werden die neuen Aktien zum inneren Wert vergeben, so erhält der bisherige Aktionär durch das Bezugsrecht nur die Möglichkeit, seine bestehende Stimmkraft in der Generalversammlung anteilmässig aufrecht zu erhalten, währenddem die Anrechte auf die bestehenden Reserven von der Kapitalerhöhung unberührt bleiben.²²⁾ Bei diesem Vorgehen fliesst dem Aktionär kein Vermögenswert zu.

II. Abgrenzung der Ausgabe von Bezugsrechten von der Ausgabe der Gratisaktien oder der Gratisnennwerterhöhung aus der Sicht der Gesellschaft

Werden Bezugsrechte eingeräumt oder fällt dem Aktionär ein solches kraft seiner bisherigen Beteiligung von Gesetzes wegen zu, so erhält der Aktionär das Recht, eine neue Aktie zu einem Preis zu erwerben, der entweder zwischen deren Nennwert und Verkehrswert liegt oder letzterem entspricht.

Bei der Gratisaktienausgabe demgegenüber erfolgt der Aktienerwerb völlig unentgeltlich. Die Gesellschaft schafft somit Nennwert, ohne dass sie hiefür von aussen neue Mittel bekäme.

21) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 245 N 18; Reimann/Zuppinger/Schärer Bd II N 118 zu § 23; Pfund Bd I N 3.68 zu Art. 4; Christen S. 80; Siegwart ZH Ko, ZH 1945, N 2 zu OR 652.

22) Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 245 N 17; Zindel S. 306.

III. Steuerliche Erfassung

1. Massgeblicher Anknüpfungspunkt

Als Anknüpfungspunkt zur steuerlichen Erfassung des Bezugsrechts dient der Entscheid des Aktionärs, sein Recht selbst auszuüben, es zu übertragen oder zu veräussern. 23)

2. Ausübung des Bezugsrechts durch den Aktionär selbst

Üebt der Aktionär das ihm zustehende Bezugsrecht selbst aus, so realisiert er selbst dann kein steuerbares Einkommen, wenn der Preis für die neu ausgegebenen Aktien unter deren Verkehrswert liegt. Dies beruht einerseits auf der Tatsache, dass der Steuerpflichtige durch diesen Vorgang wohl unentgeltlich einen latenten Anspruch auf einen Anteil an den bestehenden offenen und stillen Reserven erwirbt. Zu berücksichtigen ist jedoch, dass sich der Wert seiner bisherigen Beteiligung im gleichen Umfang reduziert. Der Vorgang als Ganzes betrachtet, verschafft ihm demnach keinen zusätzlichen Vermögenswert, es fliesst dem Gesellschafter kein Einkommen zu. 24)

23) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 123 zu § 23; Känzig 2.A N 108 zu Art. 21; Zuppinger, in StR 31, 1976, S. 13

24) Känzig 2.A N 108 zu Art. 21; Masshardt 2.A N 85 zu Art. 21; Zuppinger, in StR 31, 1976, S. 13; Käfer, Besteuerung von Aktienbezugsrechten S. 67; Zindel S. 306; Christen S. 80; Höhn, Kapitalgewinne S. 80 f; Pfund Bd I N 3.69 zu Art. 4.
ORK Kt ZH: in RB 1950 Nr 20; RB 1953 Nr 17.

3. Veräusserung des Bezugsrechts

Werden Bezugsrechte mit Vermögenswert auf dem Markt veräussert, so stellt der daraus resultierende Erlös einen typischen Fall von Kapitalgewinn dar.²⁵⁾ Dies ergibt sich einmal aus der Tatsache, dass der im Bezugsrecht verkörperte Vermögenswert auf einen anderen Rechtsträger übertragen wird. Damit wird die Substanz selbst verwertet. Es findet eine Teilveräusserung des bisherigen Aktienbesitzes statt. Zudem findet das Bezugsrecht im Entgelt eine neue Verkörperung.

Damit liegen die charakteristischen Elemente des Kapitalgewinnes vor²⁶⁾ und eine Erfassung als Vermögensertrag wäre systemfremd.²⁷⁾

Da die meisten Kantone sowie der Bund die privaten Kapitalgewinne unbesteuert lassen, kann demnach der im Bezugsrecht verkörperte Vermögenswert mittels Veräusserung steuerfrei realisiert werden.²⁸⁾

25) Reimann/Zuppinger/Schärrier Bd II N 128 ff zu § 23; Zuppinger, in StR 31, 1976, S. 13; Känzig 2.A N 108 zu Art. 21; Höhn Bd 8 § 16 N 49; Höhn, Kapitalgewinne S. 81; Bühler S. 187 f; Christen S. 80; Zindel S. 311; Käfer, Besteuerung von Aktien-Bezugsrechten S. 67; Pfund Bd I N 3.69 zu Art. 4.

26) Siehe vorne: 1. Teil, 3. Kapitel, § 2, I.

27) Zindel S. 307.
Siehe aber Erfassung als Vermögensertrag laut gesetzlicher Regelung: Kt BE, StG 28 I lit c; Kt GR, StG 18 I lit d; Kt JU, StG 28 I lit c.

28) Für die Bemessung des steuerbaren Gewinnes in Kantonen mit privater Kapitalgewinnbesteuerung sei auf die Ausführungen bei Reimann/Zuppinger/Schärrier Bd II N 119 ff zu § 23, bei Käfer, Besteuerung von Aktien-Bezugsrechten S. 68 ff und bei Bühler S. 188 f verwiesen.

§ 4: Benützung gesellschaftlicher Anlagen

I. Allgemeines

Eine Aktiengesellschaft hat grundsätzlich gewinnstrebig zu sein. Dies folgt aus dem Dividendenanspruch der Gesellschafter.

Gewinnstrebigkeit bedeutet, dass sie aus ihrem rechtsgeschäftlichen Handeln gegenüber Dritten langfristig gesehen einen möglichst grossen Ertrag zu erarbeiten hat.²⁹⁾

Dieser Zielsetzung widerspricht es grundsätzlich, dass die Gesellschaft ihre Anlagen den Gesellschaftern unentgeltlich oder zu Vorzugspreisen zur Verfügung stellt.³⁰⁾ Trotzdem ist es handelsrechtlich zulässig.

II. Steuerliche Erfassung

1. Grundsatz

Zu prüfen ist hier, inwiefern eine unentgeltlich oder zu Vorzugsbedingungen gewährte Benützung der gesellschaftlichen Anlagen eine steuerbare geldwerte Leistung der Aktiengesellschaft an ihren Aktionär darstellen kann.

Sicher liegt eine solche immer dann vor, wenn die Gesellschaft mit der Zurverfügungstellung der Anlagen eine Leistung erbringt, welcher im Markt ein Verkehrswert beigemessen wird und diese Leistung unabhängigen Dritten gegenüber nur gegen Entgelt erbracht wird.

29) OR 660 I.
Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 242 N 8 ff.

30) Dies würde viel eher dem Zweck der Genossenschaft entsprechen: OR 828 I.

Dem Aktionär werden damit Auslagen erspart, die ein Dritter aufzubringen hätte. In diesem Umfang ist er bereichert.

Hat die Leistung jedoch keinen Marktwert, d.h. würde ein unabhängiger Dritter diese Leistung nicht gegen Entgelt beanspruchen, so ist auch von einer Besteuerung abzu-
sehen.

2. Ausnahme

Vom obigen Grundsatz der Besteuerung gibt es eine für die Praxis gewichtige Ausnahme. Diese erfasst gewisse recht
zahlreich auftretende Bagatellfälle.

Als Beispiel können die Bergbahnen herangezogen werden, die ihren Aktionären des öfters Freibillette gewähren.³¹⁾

Solche Leistungen werden, obwohl dem oben erläuterten Grundsatz nach steuerbar, in gewissen Grenzen von der Besteuerung ausgeklammert.

Entscheidend sind dabei insbesondere die Kriterien, dass der Gesellschaft durch die Erbringung dieser Leistung weder ein Einnahmeausfall, noch ein Mehraufwand entsteht. Ist nur die erste Voraussetzung erfüllt, so kann trotzdem von der Besteuerung abgesehen werden, wenn der Mehraufwand geringfügig ist, das zugewiesene Recht unübertragbar und nicht in bar einlösbar und zudem der Berechtigte mindestens 50 % des Preises der Leistung in bar zu erbringen hat.³²⁾

31) Andere Bsp. sind etwa: Flugbillette der Swissair; Gratisübernachtungen in Hotels; Gratisbenützung von Tennisplätzen.

32) Praxis der Bundessteuern, Teil II: VStG Art. 4 I lit b, N 3
= Nicht publizierter Entscheid der EStV zur Verrechnungssteuer.
Pfund Bd I N 3.33 zu Art. 4 I lit b.

§ 5: Liquidationsgewinn

1. Zivilrechtlicher Begriff

1. Allgemeines

Der Liquidationsgewinn des Aktionärs besteht aus seinem verhältnismässigen Anteil am Ergebnis der Liquidation der Gesellschaft.

Dieser Anteil kommt zustande, indem die liquidierende Gesellschaft ihre Aktiven versilbert, ihre Schulden begleicht, die bestehenden Kapitalanteile aussondert und den verbleibenden Betrag, den Liquidationsüberschuss, anteilsmässig³³⁾ auf die Aktionäre aufteilt.³⁴⁾

2. Ablauf

Die ordentliche Liquidation endet mit der Löschung der Gesellschaft im Handelsregister und der vorhergehenden Verteilung sämtlicher noch bestehender Vermögenswerte.³⁵⁾

Für den Aktionär bedeutet dies, dass er seine Beteiligung an der Gesellschaft aufgibt. Hiefür erhält er eine Gegenleistung im Umfang seiner Kapitaleinlage und des ihm zustehenden Anteils an den Reserven.

33) D.h. entsprechend den Kapitalanteilen oder abweichend hievon bei Vorzugsaktien, OR 661.

34) OR 743 I.
Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 281 N 18, S. 282 N 21; von Greyerz S. 284 f.

35) OR 736 ff.

II. Steuerliche Erfassung

1. Qualifikation des Liquidationsgewinnes aus steuerlicher Sicht - Vermögensertrag oder Kapitalgewinn

1.1. Rückblick auf die entscheidenden Abgrenzungskriterien

Wir haben gesehen, dass ein Kapitalgewinn dadurch charakterisiert ist, dass im Rahmen seiner Realisierung die Substanz eines Vermögensobjektes selbst verwertet wird. Diese wird hingegeben, dabei findet ihr Wert marktmässig eine Bestätigung. Er findet in einem anderen Vermögenswert eine neue Verkörperung.

Demgegenüber wird ein Vermögensertrag derart realisiert, dass die Substanz gerade nicht berührt wird. Vielmehr umfasst der Vermögensertrag das, was die Substanz selbst an geldwerten Leistungen zu produzieren vermag.³⁶⁾

1.2. Schwierigkeiten der Zuordnung

Setzen wir diese Erkenntnisse auf den Liquidationsgewinn des Aktionärs um, so müssen wir feststellen, dass eine eindeutige Zuordnung schwerfällt.

Einerseits stellt die Liquidation klar einen Substanzverzehr dar. Ob dieser Substanzverzehr jedoch als Veräusserungstatbestand, mithin als marktmässige Bestätigung des Substanzwertes und dessen Uebertragung auf ein anderes Wirtschaftsgut bezeichnet werden kann, ist nicht von vorneherein klar.

Andererseits kann nicht darüber hinweggesehen werden, dass der Aktionär seine Substanz verliert und er hiefür

³⁶⁾ Siehe vorne: 1. Teil, 3. Kapitel, § 2, 1, 2.

einen Gegenwert erhält. Dies macht die Behandlung als Vermögensertrag problematisch.

Höhn sagt denn auch, dass die Qualifikation des Liquidationsgewinnes letztendlich auf einer Wertung beruhe.³⁷⁾,³⁸⁾

1.3. Positive Gesetzesordnungen

Der Entscheid über die Zuordnung des Liquidationsgewinnes zum Bereich der Kapitalgewinne oder dem des Vermögensertrages korreliert in den einzelnen Steuergesetzen weitgehend mit der Tatsache, ob private Kapitalgewinne steuerbar sind oder nicht. Sind sie es, so werden auch die Liquidationsgewinne als solche erfasst, sind sie es nicht, so stellen die Liquidationsgewinne regelmässig Beteiligungsertrag dar.³⁹⁾

2. Liquidationsgewinnbesteuerung im Recht der direkten Bundessteuern

2.1. Stellung der Verwaltung und Justiz

Verwaltung und Justiz behandeln den Liquidationsgewinn im Rahmen der direkten Bundessteuer konsequent als Vermögensertrag.

Dabei stützt das Bundesgericht seine Begründung vorwiegend auf den Wortlaut von Art. 21 I lit c in fine des

37) Höhn, in ASA 50, 537 f; ebenso: Bühler S. 433 ff.

38) Zuordnung zu den Kapitalgewinnen: Höhn, in ASA 50, 530 ff; Ryser, in Mélanges Henri Zwahlen S. 677 f.
Zuordnung zum Vermögensertrag: Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 54 - 55 zu § 19 lit c + d; Känzig 2.A N 112 zu Art. 21; Masshardt N 81 zu Art. 21.

39) Höhn Bd 8 § 16 N 47; Bühler S. 193 ff.

BdBSt und im übrigen auf den historischen Sinn dieses Artikels. ⁴⁰⁾

Betreffend Wortlaut führt es aus, Art. 21 I lit c stelle einen Tatbestand mit umfassendem Anwendungsbereich dar, mit anderen Worten, er behandle die aus Beteiligungen resultierenden Erträge abschliessend. Für eine Behandlung als Kapitalgewinn bleibe demnach von vornherein kein Platz. ⁴¹⁾

Aus der historischen Auslegung erkennt das Bundesgericht, dass der Gesetzgeber eine Anpassung der Bestimmung betreffend Vermögensertragsbesteuerung an die parallele Bestimmung der Couponabgabe angestrebt hat. Da letztere den Liquidationsgewinn als Beteiligungsertrag erfasste, treffe dies damit auch für die direkte Bundessteuer zu. ⁴²⁾

2.2. Stellung der Doktrin

Im Schrifttum gehen die Meinungen betreffend die Zuordnung des Liquidationsgewinnes auseinander. Die Behandlung als Vermögensertrag wird namentlich von den Kommentatoren Känzig ⁴³⁾ und Masshardt ⁴⁴⁾ unterstützt. Ersterer baut seine Aussage auf der Tatsache auf, dass auch die laufend

⁴⁰⁾ Die EStV folgt diesen Argumenten.

⁴¹⁾ BGE 83 I 279 = ASA 26, 289; BGE 86 I 47 f = ASA 29, 80.

Wenn das Bundesgericht weiter ausführt, dass ein nicht-buchführungs-pflichtiger Aktionär sich nie auf Art. 21 I lit d BdBSt berufen könne, so kann dem jedoch nicht gefolgt werden. (BGE 86 I 48). Vielmehr geht aus diesem Artikel gerade ein qualifiziertes Schweigen hervor, das bei der Auslegung von Art. 21 I lit c als systematisches Element zu berücksichtigen ist. In dieser Funktion übt Art. 21 I lit d eine Schutzfunktion aus und verhindert eine allzu extensive Auslegung von Art. 21 I lit c.

⁴²⁾ BGE 83 I 284 = ASA 26, 287 f; BGE 80 I 41 f; ASA 40, 432.

⁴³⁾ Känzig 2.A N 112 zu Art. 21.

⁴⁴⁾ Masshardt N 81 zu Art. 21.

ausgeschütteten Gewinne als Vermögensertrag erfasst werden. Zudem führt es aus, dass kein entgeltlicher Veräußerungsakt gegenüber einem Dritten vorliege, vielmehr übergebe der Aktionär der Gesellschaft nur eine "wertlos gewordene Aktie". ⁴⁵⁾

Demgegenüber vertritt etwa Höhn die Ansicht, Liquidationsgewinn könne steuersystematisch nur Kapitalgewinn sein. ⁴⁶⁾

2.3. Würdigende Zusammenfassung

Die Ausführungen zeigen, dass sich weder die eine noch die andere Zuordnung von vornherein aufdrängt. Entscheidend ins Gewicht fällt aber einerseits, dass im Rahmen einer Liquidation effektiv ein Substanzverzehr stattfindet. Andererseits ist jedoch die Tatsache besonders zu berücksichtigen, dass der Gesetzgeber eine Annäherung des Einkommenstatbestandes in sachwidriger Weise an den Couponsteuertatbestand gewollt hat. Dies lässt eine Behandlung des Liquidationsgewinnes als Vermögensertrag, mithin als Aktien'ertrag, für den Bereich der direkten Bundessteuer rechtfertigen. ⁴⁷⁾, ⁴⁸⁾

⁴⁵⁾ Känzig 2.A N 112 zu Art. 21.

⁴⁶⁾ Höhn Bd 8 § 16 N 51; Höhn, in ASA 50, 531 ff; Cagianut/Höhn § 21 N 25; ebenso: Christen S. 82; Bühler S. 439.

⁴⁷⁾ Ebenso: Vallender S. 216.
Damit ist aber noch nichts über den Umfang des steuerbaren Liquidationsgewinnes gesagt.

⁴⁸⁾ Die gleiche Regelung ist im Entwurf zum Bundesgesetz über die direkte Bundessteuer enthalten, Art. 20 I lit b.

3. Liquidationsgewinnbesteuerung im zürcherischen Einkommenssteuerrecht

3.1. Ordnung bis 1970

Bis 1970 wurden im Kanton Zürich die privaten Kapitalgewinne mit der Einkommenssteuer erfasst.

Im Rahmen dieser Ordnung teilten Lehre und Rechtsprechung die Liquidationsgewinne denn auch fast einhellig den Kapitalgewinnen zu.⁴⁹⁾

3.2. Ordnung nach 1970

3.2.1. Praxisänderung

1970 wurde im Kanton Zürich die Besteuerung der privaten Kapitalgewinne aufgegeben. Damit schuf der Gesetzgeber bewusst einen steuerfreien Raum, in den insbesondere der Liquidationsgewinn gemäss bisher praktizierter Ordnung fiel.

Die Hoffnungen auf eine in Zukunft steuerfreie Realisation von Liquidationsgewinnen wurden jedoch bald zunichte gemacht.

Das Verwaltungsgericht entschied 1972, dass der Liquidationsgewinn aus einer Thesaurierungsgesellschaft steuerbaren Vermögensertrag darstelle.⁵⁰⁾

49) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 49 ff zu § 23, N 54 zu § 19 lit c + d.
ORK Kt ZH, in RB 1956 Nr. 12 = ZBl 57, 1956, S. 312 ff = ZR 55 Nr. 80. Schon damals vertrat eine Minderheit der Oberrekurskommission jedoch die Meinung, Liquidationsgewinne seien als Vermögensertrag zu erfassen: ZBl 57, 1956, S. 315 ff = ZR 55 Nr. 80 S. 174 ff.

50) VGr Kt ZH, in RB 1972 Nr. 27 = ZBl 74, 1973, S. 46 ff = ZR 71 Nr. 56
Der Entscheid erging zwar noch unter altem Recht, da er sich auf
Fort. Fussnote

Diese Praxis wurde in der Zukunft mehrmals für Liquidationsgewinne von personenbezogenen Aktiengesellschaften bestätigt, auch für solche, welche keine Gewinnthesaurierungspolitik betrieben hatten.⁵¹⁾ Eine weitere Ausdehnung auf Publikumsgesellschaften wurde prophezeit⁵²⁾ und fand schliesslich am 2. Dezember 1986 tatsächlich statt.⁵³⁾

3.2.2. Begründung des Verwaltungsgerichts zur Praxisänderung⁵⁴⁾

Das Gericht baut die Begründung zur Besteuerung des Liquidationsgewinnes als Vermögensertrag auf drei Säulen auf.

Zum einen behauptet es, die Kapitalgewinnbesteuerung sei gegenüber der Vermögensertragsbesteuerung subsidiärer Natur.

Im weiteren verlangt es die steuerliche Gleichstellung von laufend ausgeschütteten Dividenden mit den thesaurierten und erst mit der Liquidation ausbezahlten Gewinnen.

Fort. Fussnote

eine Einschätzung aus der Zeit vor der Gesetzesrevision bezog (Kt ZH StG 202 II: Uebergangsbestimmungen), doch ist offensichtlich, dass er von der ergangenen Gesetzesänderung beeinflusst war.

- 51) VGr Kt ZH, in RB 1975 Nr. 35 und RB 1979 Nr. 30 = StR 35, 1980, S. 458 ff.
BGr, in ASA 48, 84 ff und ASA 55, 291 ff = StR 40, 1985, S. 453 ff = StE 1984 A 21.12 Nr. 4.
- 52) Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 54-55 zu § 19 lit c + d.
- 53) VGr Kt ZH: Entscheid vom 2.12.1986, SB 2/1986.
- 54) Siehe Erwägungen in ZR 71 Nr. 56: die dort aufgebaute Argumentenkette wurde in späteren Entscheiden übernommen. RB 1975 Nr. 35; ASA 48, 84 ff; RB 1979 Nr. 30 = StR 35, 1980, S. 458 ff; StR 40, 1985, S. 453 ff; VGr Kt ZH: 2.12.86, SB 2/1986.
Siehe auch: Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 54-55 zu § 19 lit c + d.

Zuletzt macht es geltend, § 19 lit c StG Kt ZH sei dem Art. 21 I lit c BdBSt nachgebildet. Allein aus diesem Grund sei eine Behandlung der Liquidationsgewinne als Vermögensertrag bereits gerechtfertigt.

3.2.3. Kritik

3.2.3.1. Vorrang der Vermögensertragsbesteuerung vor der Kapitalgewinnbesteuerung

Eine systematische Auslegung der im Zürcher Steuergesetz verankerten Einkommenssteuertatbestände zeigt keinerlei Hinweise auf eine Hierarchie zwischen den einzelnen Bestimmungen. Vielmehr ist davon auszugehen, dass es sich bei den einzelnen Bestimmungen um einander gleichgestellte Normen handelt, die gemeinsam das System zur Einkommensbesteuerung darstellen. Die gesonderte Behandlung der Kapitalgewinne stellt dabei ein Relikt der ansonsten überwundenen Quellentheorie dar⁵⁵⁾, woraus sich aber kein Hinweis auf eine Rangordnung zwischen den Normen ergibt.

Dem heute aufgehobenen § 23 kommt vielmehr die Funktion des qualifizierten Schweigens zu. Der damit zum Ausdruck gebrachte gesetzliche Wille ist allen anderen gesetzlichen Äusserungen gleichwertig.

3.2.3.2. Gleichbehandlung von thesaurierten mit laufend ausgeschütteten Gewinnen

Das Verwaltungsgericht bringt hiermit ein Argument ins Spiel, das auf den ersten Blick durchaus seine Berechtigung zu haben scheint. Im Laufe einer Liquidation können

55) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 2, II, 1.

Im übrigen deuten auch die übrigen gesetzlichen Einkommensstatbestände selbst auf diese Quellentheorie hin, indem sie eine ganze Anzahl an verschiedenen Einkommenselementen einzeln aufzählen.

Gewinne ausgeschüttet werden, die früher auch in Form von Dividenden auf den Aktionär hätten übertragen werden können. Wären sie das, so hätten sie steuerbaren Beteiligungsertrag dargestellt.

Allein - diese Beträge wurden eben nicht in Form von Dividenden ausgeschüttet. Was jetzt interessiert, ist die Liquidation selbst, nicht die Fiktion der Dividendenaus-schüttung. Und dass diese beiden Vorgänge weder für die leistende Gesellschaft noch für den empfangenden Aktionär steuerlich identisch sind, zeigt sich eben gerade darin, dass dem Gesellschafter mit der laufenden Dividendenzahlung die eigentliche "Kernsubstanz" erhalten bleibt, obwohl er auch hier jeweils einen Teil seiner Beteiligungssubstanz verliert. ⁵⁶⁾ Anders stellt sich die Sachlage aber im Falle der Liquidation dar, wo der Gesellschafter die gesamte Substanz hinzugeben hat, was dem charakteristischen Element des Kapitalgewinnes entspricht.

Die Gleichsetzung mit dem Fall der periodisch ausgeschütteten Gewinne ist demnach nicht zulässig, sie vernachlässigt entscheidende Elemente des Liquidationssachverhaltes.

3.2.3.3. Uebernahme der bundessteuerlichen Regelung

Selbst bei völliger Klarheit darüber, dass der kantonale Gesetzgeber eine Anpassung der Vermögensertragsbesteuerung an die bundesrechtliche Regelung gesucht hat, ist deren unbesehene Uebernahme nicht zulässig. Vielmehr gilt es, neben dieser Erkenntnis alle weiteren mittels Auslegung sich ergebenden Folgerungen zu berücksichtigen.

Dabei sind insbesondere die Ergebnisse der systematischen Auslegung von Bedeutung, lassen sich doch anhand dieser

⁵⁶⁾ Höhn, in ASA 50, 529 ff, insbesondere S. 534 ff; Höhn Bd 8 § 16 N 45.

die typischen Eigenheiten eines Gesetzeserlasses am treffendsten darstellen.

Diese systematische Auslegung zeigt nun aber, dass gerade für den Bereich der Kapitalgewinnbesteuerung und damit verbunden, der Vermögensertragsbesteuerung, gewichtige Unterschiede zwischen der bundes- und der kantonalrechtlichen Regelung bestehen.

So waren im Bund seit jeher die privaten Kapitalgewinne steuerfrei. Als Folge davon ist seit jeher von einem extensiv ausgelegten Vermögensertragsbegriff ausgegangen worden. Demgegenüber hat der Kanton Zürich im Zeitpunkt des Erlasses der Vermögensertragsbestimmung die privaten Kapitalgewinne besteuert und diese erst später, *expressis verbis*, von der Besteuerung ausgenommen. Es kann somit nicht gesagt werden, er sei von Beginn weg von einem ebenso extensiven Verständnis des Vermögensertragsbegriffes ausgegangen wie dies der Bund tat.

Aus diesen Ausführungen folgt, dass man den kantonalen Eigenheiten nicht gerecht wird, wenn man die bundessteuerliche Praxis zur Liquidationsgewinnbesteuerung kurzum auch für den Kanton Zürich für anwendbar erklärt. Grundlage der Auslegung muss vielmehr die gesamte kantonal-zürcherische Regelung selbst sein.

3.2.3.4. Behandlung der Differenz zwischen Erwerbspreis und tieferem Nominalwert als Kapitalverlust

Das Verwaltungsgericht führt in seinem neuesten Entscheid⁵⁷⁾ zur Liquidationsgewinnbesteuerung aus, die Differenz zwischen Erwerbspreis und niedrigerem Nominalwert stelle beim Aktionär einen steuerneutralen Kapitalverlust dar,

⁵⁷⁾ VGr Kt ZH: Entscheid vom 2.12.1986, SB 2/1986, E 2.b.

währenddem die Differenz zwischen Nominalwert und Liquidationsertrag demgegenüber als steuerbaren Vermögensertrag zu erfassen sei. Es will damit insbesondere darlegen, dass die geltende Praxis keinen Verstoss gegen die Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit darstelle.

Ein einzelner Vorgang soll demnach gleichzeitig einen Kapitalverlust und einen Vermögensertrag darstellen, je nachdem, von welchem Blickwinkel man ihn betrachtet.

Dieser Vorgehensweise kann nicht gefolgt werden. Die Frage ist ja gerade die, welchem der zwei Bereiche, Vermögensertrag oder Kapitalgewinn, der ganze Vorgang zuzuordnen sei. Eine Zuordnung, die vom jeweiligen Blickwinkel abhängt, befriedigt hier aber nicht, ja muss sogar als unzulässigen Methodendualismus bezeichnet werden.

Ein beachtenswertes Element enthalten die genannten gerichtlichen Erwägungen aber trotzdem. Auch das Verwaltungsgericht erkennt, dass im Liquidationsfall ein Substanzverzehr im Sinne des Kapitalgewinnes vorliegt. Leider zieht es die daraus folgenden Konsequenzen nur, soweit es dem Steuerpflichtigen zum Nachteil reicht.

3.2.4. Folgerung

Die Praxisänderung des Verwaltungsgerichtes entbehrt einer stichhaltigen Begründung. Es drängt sich somit eine Fortführung der Ordnung vor 1970 auf, mithin der Erfassung des Liquidationsgewinnes als Kapitalgewinn und nicht als Aktienertag.

Die heutige Praxis vereitelt den ausdrücklichen gesetzlichen Willen, gewisse Vermögenszugänge steuerfrei zu belassen.
58)

4. Bemessung des steuerbaren Liquidationsgewinnes

4.1. Allgemeines

Im Rahmen der Liquidationsgewinnbesteuerung kommt neben der Frage, ob der Liquidationsgewinn den Kapitalgewinnen oder den Beteiligungserträgen zuzuordnen sei, der Problematik der Bemessung des Gewinnes zentrale Bedeutung zu.

Dabei gilt es zu bestimmen, welcher Anteil des nach handelsrechtlichen Grundsätzen bestimmten Liquidationsgewinnes steuerbaren Ertrag darstellt.

4.2. Gewinnbemessung im Rahmen der Behandlung als Kapitalgewinn

Fällt der Liquidationsgewinn unter die Kapitalgewinnbesteuerung, so findet die ordentliche Kapitalgewinnbemessung Anwendung. Steuerbar ist mit anderen Worten der Differenzbetrag zwischen Anschaffungskosten⁵⁹⁾ und Liquidationsanteil.⁶⁰⁾

58) a.M.: Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 54-55 zu § 19 lit c + d.
gl.M.: Höhn, in ASA 50, 529 ff; Bühler S. 434 und 436 f.

59) Die Anschaffungskosten können in der Kapitaleinlage auf Nennwert und Reserven bestehen oder in dem an einen Rechtsvorgänger entrichteten Kaufpreis.

60) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 83 ff zu § 23.

4.3. Gewinnbemessung im Rahmen der Behandlung als Beteiligungsertrag

4.3.1. Das Nennwertprinzip

4.3.1.1. Begriff

Im Rahmen des Nennwertprinzips bemisst sich der steuerbare Liquidationsgewinn aus der gesamten Differenz von einbezahltem Grundkapital und Liquidationserlös. Steuerfrei rückzahlbar bleiben demnach nur die direkt auf Nominalkapital eingelegten Mittel.

Sowohl der Bund wie auch der Kanton Zürich praktizieren dieses Prinzip.⁶¹⁾

Unberücksichtigt bleiben bei dieser Art von Liquidationsgewinnbemessung zum einen der für die Beteiligung aufgewendete Erwerbspreis und zum anderen die auf Reserven gemachten Einlagen, das heisst, ein geleistetes Agio sowie die à-fonds-perdu Zuschüsse.⁶²⁾

4.3.1.2. Begründung

Von den Befürwortern dieses Nennwertprinzips wird namentlich geltendgemacht, der Wortlaut der massgeblichen Gesetzesbestimmungen lasse keinen anderen Schluss zu, mit anderen Worten, der gesetzliche Tatbestand des Beteiligungsertrages sei formalisiert, was zu Abweichungen gegenüber der allgemeinen Einkommensdefinition führe.⁶³⁾

61) Bund: Känzig 2.A N 112 zu Art. 21; Masshardt N 81 zu Art. 21.
Kt ZH: Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 54-55 zu § 19 lit c + d.

62) Cagianut/Höhn § 10 N 43 und N 48.

63) Höhn Bd 8 § 16 N 46 f.
Aus diesem Grund wird das Nennwertprinzip auch als objektives

Wenn der Bundesbeschluss ausdrücklich nur die "Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile" und das Zürcher Steuergesetz nur die "Rückzahlung des Kapitals" von der Besteuerung als Beteiligungsertrag ausnehme, so sei darunter klarerweise nur der Anteil am nominellen Gesellschaftskapital zu verstehen.⁶⁴⁾ Der ganze überschüssende Teil müsse e contrario steuerbaren Ertrag darstellen.

Die Formalisierung des gesetzlichen Beteiligungsbegriffes führe somit zum Resultat, dass das "wirtschaftlich Reicherwerden" des Aktionärs kein Kriterium zur Bestimmung des Umfangs der Steuerbarkeit von Liquidationsanteilen sei. Vielmehr seien gerade auch gewisse aus der Sicht des Aktionärs erfolgsneutrale Vorgänge zu erfassen, denn massgeblicher Blickwinkel sei eben nicht der des empfangenden Aktionärs, sondern jener der leistenden Gesellschaft.⁶⁵⁾

Im weiteren wird für die direkte Bundessteuer auch zur Beantwortung der Frage nach der Bemessung des Liquidationsgewinnes mit dem historischen Element argumentiert und daraus geschlossen, nur das Nennwertprinzip werde dem Problem gerecht.⁶⁶⁾

Zuletzt bleibt noch zu erwähnen, dass gelegentlich das bereits bekannte Argument vorgebracht wird, sämtliche

Fort. Fussnote

System bezeichnet, das keine Rücksicht auf die subjektive Leistungsfähigkeit des Steuersubjektes nehme, sondern einzig vom Wertanstieg des Objektes, mithin der Aktie, ausgehe.
vgl. hiezu: Flüge, in SAC 32, 1960, S. 201 ff; Locher S. 216.

64) Bund: BGE 86 I 45 = ASA 29, 78; BGE 83 I 279 = ASA 26, 285.
Kt ZH: VGr: ZBl 74, 1973, S. 46 f = StR 28, 1973, S. 307 = RB 1972 Nr. 27; StR 35, 1980, S. 459 = RB 1979 Nr. 30.

65) Känzig 2.A N 100 zu Art. 21.
BGE 86 I 48 = ASA 29, 80; BGE 83 I 282 = ASA 26, 286; StR 40, 1985, S. 455.

66) BGE 83 I 284 = ASA 26, 288.

über den Nennwert hinausgehenden Leistungen stellten aufgespeicherte Gewinne der Gesellschaft dar und seien schon aus diesem Grund bei deren Ausschüttung wie Dividenden zu besteuern. ⁶⁷⁾

4.3.2. Infragestellung des Nennwertprinzips

4.3.2.1. Allgemeines

Im Rahmen der Einkommensbesteuerung, die auf der Erfassung des Nettowertzuflusses basiert, ⁶⁸⁾ stellt das Nennwertprinzip, das zur Besteuerung fiktiver Einkünfte führt, eine eklatante Systemwidrigkeit dar. ⁶⁹⁾

Einen solchen Einbruch zu rechtfertigen, bedarf einer stichhaltigen Begründung. Dass diese jedoch gerade fehlt, wird im folgenden zu zeigen sein. ⁷⁰⁾

4.3.2.2. Berücksichtigung der auf Reserven geleisteten Einlagen

Der im Rahmen einer Liquidation zur Auszahlung gelangende Betrag kann in zwei Kategorien eingeteilt werden. Zum einen handelt es sich dabei um die in der Gesellschaft

67) BGE 83 I 280 = ASA 26, 285; BGE 86 I 45 = ASA 29, 78.
VGr Kt ZH: ZBl 74, 1973, S. 47 = ZR 71 Nr. 56 = StR 28, 1973, S. 307 f.

68) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 2, III.

69) Zur Entwicklung des Nennwertprinzips und zur Kritik an diesem Prinzip, siehe: Böckli in, ASA 47, 53 f.
Kritik ebenso bei: Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 116 f; Ryser, Réflexions S. 676 ff; Locher S. 218; Curtner, in ASA 49, 584 ff; Bühler S. 442 ff.

70) Der Einbezug des Kantons Zürich in die folgenden Ausführungen soll aber nicht vergessen lassen, dass eine plausible Begründung für die Praxisänderung nach 1970 und die Erfassung des Liquidationsgewinnes als Beteiligungsertrag fehlt.

zurückbehaltenen Gewinne und um die von ihr realisierten Wertsteigerungen. Zum anderen geht es um die auf das Grundkapital und die in Form von Agio oder à-fonds-perdu Zuschüssen auf die stillen oder offenen Reserven geleisteten Einlagen.

Diese beiden Bereiche müssen je gesondert behandelt werden. Die AG hat die Gewinne aus Rechtsgeschäften gegenüber Dritten realisiert und Wertsteigerungen auf Grund der allgemeinen Marktveränderungen. Beide Vorgänge sind für sie erfolgswirksam. Demgegenüber stellen die Kapitaleinlagen, ob auf Grundkapital oder Reserven geleistet und im letzteren Fall, ob offen oder still eingelegt, erfolgsneutrale Vorgänge dar.⁷¹⁾ Es handelt sich um reine Vermögensumlagerungen.⁷²⁾

Ebenso ist die umgekehrte Disposition zu beurteilen. Werden früher eingelegte Reserven wieder auf den Aktionär übertragen, so resultiert auch hieraus keine Wertvermehrung. Dem Aktionär fließt kein Einkommen zu. Damit fehlt es aber am zentralen Erfordernis zur einkommenssteuerlichen Erfassung dieses Vorganges und eine Besteuerung ist ausgeschlossen. Jede andere Praxis stellt sich in Widerspruch zum verfassungsmässig garantierten Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.⁷³⁾

Diese sachlich gerechtfertigte Betrachtungsweise lässt sich im übrigen nicht mit dem Hinweis auf die historische Aus-

71) Gewisse Kantone besteuern zwar heute noch Agio-Einlagen als Ertrag: AI 47 d, BS 73 II d, GE 66 b, SZ 38 I b, VD 54 e und VS 81 I e. Diese Praxis muss jedoch abgelehnt werden.
gl.M.: Cagianut/Höhn § 10 N 45; Höhn Bd 8 § 24 N 13; Würth S. 134 f; Känzig, Grundfragen S. 20 ff.

72) Diese Kapitaleinlagen werden ja steuerlich auch als solche erfasst und mit der Emissionsabgabe belastet: Stempelsteuergesetz Art. 5 II lit a.

73) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 2, III, 2.

legung und der daraus resultierenden Anlehnung der Einkommenssteuernorm an die Regelung der Couponabgabe umstürzen.⁷⁴⁾ Vielmehr muss gerade die Grenze der historischen Auslegung im verfassungsmässig garantierten Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit gesehen werden.

Anzufügen bleibt, dass die hier propagierte Steuerneutralität der Uebertragung von vom Aktionär eingelegten Reserven auch im Einklang mit dem Wortlaut der Beteiligungsertragstatbestände steht. Unter den Begriffen "Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile"⁷⁵⁾ und "Rückzahlung des Kapitals"⁷⁶⁾ lässt sich zwangslos die Rückzahlung der gesamten Eigenkapitaleinlage verstehen.⁷⁷⁾,⁷⁸⁾

4.3.2.3. Erste Korrektur des Nennwertprinzips

Die strikte Beschränkung der steuerfreien Rückzahlungen auf die Anteile am nominellen Grundkapital ist keine zwingende Folge des Gesetzestextes.

74) a.M.: BGE 83 I 284 = ASA 26, 288.

75) BdSt Art. 21 I lit c in fine.

76) StG Kt ZH 19 lit c in fine.

77) gl.M.: Reich, in StR 33, 1978, S. 517; Höhn, in ASA 50, 538 und 544; Bühler, in StR 41, 1986, S. 566; Würth S. 124; Schärner, in ASA 43, 299 f; Gurtner, in ASA 49, 613.
Vorsichtig: Locher S. 216 ff, insbesondere S. 219; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 116 f; Bühler S. 443.

78) Das BGr machte diesen Schritt bereits einmal für den Bereich der Verrechnungssteuer auf der Rückleistung von Agio (ASA 37, 162 ff). Unter dem Druck der EStV (insbesondere in ASA 37, 176 ff) schränkte es diese Praxis jedoch stark ein (ASA 41, 49 ff).

Eine erste Ausdehnung der Steuerfreiheit auf sämtliche von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen drängt sich somit auf.⁷⁹⁾

4.3.2.4. Berücksichtigung des Erwerbspreises

Die bisherigen Ausführungen zur Liquidationsgewinnbemessung haben sich darauf beschränkt, das Verhältnis Gesellschaft-Gesellschafter zu beleuchten.

Unberücksichtigt blieb aber der Fall, dass ein Gesellschafter eine Beteiligung zu einem über dem Nominalwert liegenden Preis erworben hat.

Für die Vertreter der Nennwerttheorie stellt sich dieses Problem nicht. Indem nur der Anteil am Grundkapital als steuerfrei rückzahlbar betrachtet wird, ist jede Berücksichtigung eines höheren Erwerbspreises ausgeschlossen. Ausschlaggebend sei nur das Rechtsverhältnis zwischen dem Aktionär und seiner Gesellschaft. Die Beziehung zum Aktienveräusserer sei demgegenüber ohne Bedeutung.⁸⁰⁾

Auch hier drängt sich jedoch eine von der Nennwerttheorie abweichende Betrachtung auf.

79) Ebenso: Reich, in StR 33, 1978, S. 517; Schärer, in ASA 43, 299 ff; Böckli, in ASA 47, 51; Känzig, 2.A N 112 zu Art. 21; Höhn, in ASA 50, 538 und 544; Ryser, in Mélanges Henri Zwahlen S. 675 ff; Würth S. 148 ff; Scherrer, in ASA 55, 15

Abweichend: Masshardt N 81 zu Art. 21; Borkowsky, in ASA 51, 606: hiezu ist aber anzumerken, dass er in seiner Argumentation die oben genannten Argumente vernachlässigt. Zudem zeigt er mit der Aussage, dass die Unternehmung selbst steuern könne, ob sie eine Ueberpari-Emission vornehmen wolle, womit sie die Verantwortung für die anfallenden Steuern selbst trage, dass er die gesetzlich gebotene Trennung von AG und Aktionär nicht befolgt.

80) BGE 86 I 42 ff = ASA 29, 78; BGE 83 I 281 = ASA 26, 286. Masshardt N 81 zu Art. 21.

Aus systematischer Sicht muss der Beteiligungsertragsbegriff im Zusammenhang mit der Tatsache der Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne gesehen werden.

Mit dieser Regelung hat der Gesetzgeber bewusst einen steuerfreien Raum geschaffen. Veräussert ein privater Aktionär seine Beteiligung, so soll der daraus resultierende Gewinn kraft ausdrücklicher gesetzlicher Grundlage steuerfrei bleiben. Dem Fiskus entgeht damit dieses potentielle Steuersubstrat - und zwar endgültig. ⁸¹⁾

Eine spätere Nichtberücksichtigung dieser Sachlage, wie dies das Nennwertprinzip verlangt, führt zu doppelter Unbill. Einmal wird dabei vorausgesetzt, der Markt berücksichtige diese Praxis, was zur Folge habe, dass der Käufer die potentielle Steuerlast preismindernd geltend mache und so dem Verkäufer überbürde. ⁸²⁾ Dies führt zum wirtschaftlichen Ergebnis, dass der Verkäufer mindestens einen Teil derjenigen Steuer zu tragen hat, von welcher er expressis verbis befreit wurde. Damit zeigt sich aber, dass diese Theorie zur Steuertraglast den gesetzlichen Willen missachtet. ^{83), 84)}

81) Höhn, in ASA 50, 543.

82) Känzig 2.A N 100 zu Art. 21 I lit c unter Bezugnahme auf: ASA 33, 485 ff; BGE 86 I 47 = ASA 29, 80; Locher S. 217.
Die Praxis zeigt im übrigen gerade, dass solche latenten Steuerlasten im Handel mit Aktien eher selten preismindernd berücksichtigt werden und zudem eine den wirtschaftlichen Gegebenheiten angepasste Berechnung äusserst schwierig ist.

83) a.M.: Borkowsky, in ASA 51, 605 f:
Dabei unterstreicht folgende Aussage aus ASA 51, 608, dass die Theorie der Steuertraglast unhaltbar ist. "Käufer und Verkäufer werden bei ihrem gegenseitigen Aushandeln dessen Steuer-"Ungerechtigkeit" zur beidseitigen Steuer-"Gerechtigkeit" ummodelln". Von den Vertragsparteien wird demnach verlangt, ein unzulängliches gesetzliches System im gegenseitigen Einvernehmen zu korrigieren.

84) Insbesondere vermag die Theorie der Steuertraglast damit den Verstoss des Nennwertprinzips gegen das verfassungsmässig garantierte Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen

Im weiteren muss auch hier auf das grundlegende Prinzip der Gesamtreineinkommensbesteuerung zurückgegriffen werden. Mit diesem ist nur eine Sachverhaltsbeurteilung aus der Sicht des Leistungsempfängers vereinbar.⁸⁵⁾ Dieser Blickwinkel verlangt aber, dass der Erwerbspreis zur Bemessung des steuerbaren Liquidationsgewinnes berücksichtigt wird. Die Tatsache, dass dadurch im Rahmen einer Liquidation von der Gesellschaft erwirtschaftete Gewinne unbesteuert an den Aktionär fließen können, muss dabei in den Hintergrund treten.

Dieses Resultat wird im übrigen vom Gesetzestext nicht ausgeschlossen, denn dieser ist erstens unpräzis und zweitens darf er nicht isoliert betrachtet werden. Er stellt einen Bestandteil des zu verwirklichenden Gesamtsystems dar und dieses Gesamtsystem ist auf die Verwirklichung der Gesamtreineinkommensbesteuerung ausgerichtet.

4.3.2.5. Zweite Korrektur des Nennwertprinzips und Fazit

Dem allgemeinen System des Einkommenssteuerrechts sowie insbesondere dem verfassungsmässig garantierten Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit wird nur eine Liquidationsgewinnbesteuerung gerecht, die den für die Beteiligung geleisteten Erwerbspreis mitberücksichtigt. Im Falle des entgeltlichen Erwerbs der Beteiligung kann demnach nur die Differenz von Anschaffungskosten zu ausbezahltem Liquidationsanteil steuerbar sein.⁸⁶⁾

Fort. Fussnote

Leistungsfähigkeit nicht zu beheben:

a.M.: Reich, in ASA 53, 19; Locher S. 217.

85) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 2, II, 3.
Ebenso: Bühler S. 445.

86) gl.M.: Minderheit des VGr Kt ZH: nicht publizierte Erwägungen zu RB 1979 Nr. 30 = StR 35, 1980, S. 458 ff; Höhn, in ASA 50, 538; Ryser, Réflexions S. 675 ff; Känzig 2.A N 112 zu Art. 21 I lit c.

Für Bund wie Kanton Zürich drängt sich somit eine diesbezügliche Praxisänderung auf. Dies würde eine kühne Tat in Richtung sachlich richtiger Besteuerung darstellen, die sich, wie gezeigt, auf eine genügende gesetzliche Grundlage abstützen kann. Damit wäre das unbefriedigende Nennwertprinzip überwunden.

III. Ausdehnung des Liquidationsgewinntatbestandes

Der Liquidationsgewinntatbestand findet nicht nur auf die oben erfasste Totalliquidation mit Löschung der Gesellschaft im Handelsregister Anwendung.

Vielmehr fallen in zum Teil sehr extensiver Auslegung des Beteiligungsertragstatbestandes auch Teilliquidationen darunter sowie gewisse als faktische Liquidationen bezeichnete Vorgänge.

Auf einzelne ausgewählte Erscheinungsformen dieser Praxis soll weiter hinten zurückgekommen werden.⁸⁷⁾ Eine umfassende Behandlung sämtlicher denkbaren Fälle würde den Rahmen dieser Arbeit jedoch sprengen.

⁸⁷⁾ Siehe hinten: 2. Teil, 5. Kapitel, § 3.

3. KAPITEL: Geldwerte Leistungen

§ 1: Begriff der geldwerten Leistung

I. Geldwerte Leistung als objektives Tatbestandselement des Beteiligungsertrages

Blicken wir zurück auf die gesetzlichen Beteiligungsertragstatbestände, so erinnern wir uns, dass diese regelmässig gewisse spezifische Formen von Beteiligungsertrag aufzählen, um dann die Generalklausel der "auf andere Weise bewirkten geldwerten Leistungen" ¹⁾ folgen zu lassen.

Dies zeigt, dass das zentrale, steuerbegründende Element des gesetzlichen Beteiligungsertragstatbestandes im Begriff der "geldwerten Leistung" liegt. Dieser Begriff umschreibt die Grenzen des steuerbaren Ertrages im positiven Sinne. Negativ wird er dabei nur durch die Steuerfreiheit von Kapitalrückzahlungen beschränkt.

II. Bedeutung des Begriffes der geldwerten Leistung

Dem Begriff der geldwerten Leistung kommt die Bedeutung eines Sammel- oder Auffangtatbestandes zu. Ist eine Form von Beteiligungsertrag im Gesetz nicht ausdrücklich genannt, so fällt sie demnach unter diesen Oberbegriff. Dieser erfasst einerseits die bereits dargelegten Leistungen aufgrund der zivilrechtlichen vermögensmässigen Rechte des Aktionärs, soweit sie Beteiligungserträge darstellen. ²⁾ Andererseits umfasst er aber auch alle weiteren, nicht ausdrücklich in Erfüllung eines aktienrechtlichen, vermögensmässigen Rechts erbrachten Leistungen, die ihre Kausa trotzdem in der Mitgliedschaft haben und keine Kapitalrück-

1) BdBSt Art. 21 I lit c; ähnlich für den Kt ZH: "... andere Leistungen...", StG Kt ZH § 19 lit c.

2) Siehe vorne: 2. Teil, 2. Kapitel.

zahlung darstellen. Hierzu gehören insbesondere alle Arten verdeckter Gewinnausschüttungen.

§ 2: Verdeckte Gewinnausschüttungen im allgemeinen ³⁾

I. Einleitende Bemerkungen

1. Aeussere Merkmale einer verdeckten Gewinnausschüttung

Eine verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt, indem Gewinne der Gesellschaft nicht als solche ausgewiesen werden, ebenso nicht die Ausschüttung an den Aktionär.

Die buchhalterische Darstellung der Geschäftsvorfälle widerspricht somit den wirtschaftlichen und rechtlichen Gegebenheiten. Gewisse Vorgänge werden nicht offen dargelegt, sie erscheinen vielmehr in einem falschen Lichte oder überhaupt nicht. ⁴⁾

Im übrigen ist das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung nicht an die Voraussetzungen der Steuerumgehung gebunden. ⁵⁾

3) Die Theorie der verdeckten Gewinnausschüttung wurde anhand des Couponsteuergesetzes entwickelt: siehe Pestalozzi S. 3 ff.

4) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 68 zu § 45; Känzig 1.A N 53 zu Art. 49; Ulrich S. 55.

5) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 78 zu § 45; Ulrich S. 82 ff; Studer S. 167.

2. Vermischung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen als Ursache der verdeckten Gewinnausschüttung

2.1. Ausgangslage

Aus der zivil- wie auch steuerrechtlichen Selbständigkeit von Aktiengesellschaft einerseits und Aktionär andererseits folgt ⁶⁾, dass der Aktionär gegenüber seiner Gesellschaft grundsätzlich einem aussenstehenden Dritten gleichkommt, freilich mit gewissen gesetzlich genau umschriebenen Sonderrechten.

Entscheidend fällt dabei ins Gewicht, dass dem Aktionär insbesondere kein Recht zusteht, direkt auf Mittel der Gesellschaft zu greifen, um diese seiner eigenen Wirtschaft zuzuführen. Dieses Resultat kann er vielmehr nur unter Einhaltung der Gewinnausschüttungsnormen erreichen. ⁷⁾

2.2. Leistungen aufgrund schuldrechtlicher Beziehungen

Erbringt eine Aktiengesellschaft gegenüber ihrem Aktionär eine Leistung aufgrund schuldrechtlicher Beziehungen, so erfolgt dies im Rahmen ihrer gewinnstrebigen Geschäftstätigkeit. Solche Leistungen stellen bei ihr entweder geschäftsmässig begründeten Aufwand dar oder sie dienen dem Erwerb eines Aktivums, allenfalls der Tilgung einer Schuld.

Dabei ist zu beachten, dass sich der Kreis möglicher Rechtsgeschäfte zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär grundsätzlich auf vollkommen zweiseitige beschränkt. ⁸⁾

6) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, II, 1.

7) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, III.

8) Ausnahme hievon sind nur etwa die Zuwendungen für ausschliesslich gemeinnützige Zwecke, BdSt Art. 49 II.

Dies folgt aus der Gewinnstrebigkeit der Aktiengesellschaft, der ein unvollkommen zweiseitiges Rechtsgeschäft, etwa in Form eines zinslosen Darlehens oder gar ein einseitiges Rechtsgeschäft in Form einer Schenkung, widersprechen würde.⁹⁾

2.3. Kapitalentnahmen aufgrund mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen

Leistungen einer Aktiengesellschaft an ihren Aktionär aufgrund mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen stellen bei ersterer Kapitalentnahmen dar. Sie haben keinen Einfluss auf ihre geschäftsmässige Gewinnerzielung. Solche Kapitalentnahmen können auf zwei Wegen erfolgen, zum einen in Form von Gewinnausschüttung und zum anderen in Form von Kapitalrückzahlung.¹⁰⁾

Beide Varianten sind an strenge zivilrechtliche Anforderungen gebunden.¹¹⁾

Ein wesentlicher Unterschied dieser Kapitalentnahmen zu den Leistungen schuldrechtlicher Art liegt in der Tatsache, dass sie für die leistende Gesellschaft nie Aufwand darstellen.¹²⁾

Aus dem Blickwinkel des Aktionärs kann demnach der Umkehrschluss gezogen werden, woraus folgt, dass Leistun-

⁹⁾ Dies schliesst jedoch nicht aus, dass sie beim Aktionär unter einem anderen Titel besteuert werden, z.B. Salär.

¹⁰⁾ "Tantum non datur": Böckli, in ST 2/80 S.4.
Reimann/Zuppingen/Schärren Bd III N 51 zu § 45; Känzig 1.A N 44 ff zu Art. 49; Känzig, Grundfragen S. 108 f; Cagianut/Höhn § 12 N 46 ff; Reich, in ASA S. 620.

¹¹⁾ Gewinnverwendung: siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, III.
Kapitalherabsetzung: siehe OR 732 ff.

¹²⁾ Reimann/Zuppingen/Schärren Bd III N 51 zu § 45; Känzig 1.A N 44 zu Art. 49; Känzig Ergbd 2.A N 53 zu Art. 49.

gen, die bei der Gesellschaft Aufwand darstellen, bei ihm nicht als Beteiligungsertrag qualifiziert werden können.¹³⁾

2.4. Motive zur Vermischung der beiden Bereiche

2.4.1. Aktionär ist eine natürliche Person

2.4.1.1. Wirtschaftliche Motive

Bei einer Vermischung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen steht sicher der Wunsch des Aktionärs im Vordergrund, die Vermögenswerte der Gesellschaft direkt seiner eigenen Wirtschaft zuzuführen, um sich finanziell besserzustellen.

Daneben kann aber auch ein Konflikt zwischen verschiedenen Aktionären zu einer solchen Vermischung führen. Ein Gesellschafter kann versuchen, auf diesem Weg seinen Gewinnanteil zu erhöhen.

Im weiteren kann auch ein Entzug von Haftungssubstrat gegenüber den Gläubigern beabsichtigt sein oder die Umgehung der sehr detaillierten gesetzlichen Anforderungen an einen Gewinnverwendungsbeschluss.

2.4.1.2. Steuerliche Motive

Aus steuerlicher Sicht wird mit der Vermischung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen primär die Milderung der wirtschaftlichen Doppelbelastung angestrebt.

Dabei erbringt die Gesellschaft ihrem Aktionär eine Leistung, die steuerlich abzugsfähig ist. Dies führt zu einem

¹³⁾ Dies schließt jedoch nicht aus, dass sie beim Aktionär unter einem anderen Titel besteuert werden, z.B. Salär.

geringeren steuerbaren Ertrag und zu einer Einschränkung der wirtschaftlichen Doppelbelastung.

2.4.2. Aktionär ist eine juristische Person

2.4.2.1. Wirtschaftliche Motive

Gerade im Konzernverhältnis bestehen zahlreiche Motive zur Vermischung schuld- und gesellschaftsrechtlicher Beziehungen, mithin zur Gewinnverschiebung zwischen verbundenen Unternehmungen.

So kann eine Gewinnverschiebung insbesondere zum Ziele haben, unterschiedliche Geschäftsergebnisse einzelner Gruppengesellschaften auszugleichen oder eine schlecht arbeitende Gesellschaft zu sanieren. Im weiteren kann mit einer Gewinnverschiebung beabsichtigt sein, einer Gesellschaft zum Schaden ihrer Gläubiger Haftungssubstrat zu entziehen. Beim Vorliegen internationaler Verhältnisse überdies, dient eine Gewinnverschiebung oft auch der Umgehung restriktiver Kapitalexporth Bestimmungen.

2.4.2.2. Steuerliche Motive

Auch aus steuerlicher Sicht gibt es für einen Konzern eine ganze Palette von Anreizen zur Vornahme von Gewinnverschiebungen.

So kann eine Gewinnverschiebung der Ausnützung von Steuergedällen dienen, aber auch der gleichmässigen Verteilung von Gewinnen, um allfällige Progressionsspitzen zu brechen. Zudem bietet sich mittels Gewinnverschiebung allenfalls die Möglichkeit, ansonsten verlorengelende Verlustvorträge doch noch ausschöpfen zu können. Im weiteren stellen auch Steuerprivilegien einzelner Gruppengesell-

schaften ¹⁴⁾ einen starken Anreiz für Gewinnverschiebungen dar.

Bei internationalen Verhältnissen können Gewinnverschiebungen dem Zwecke dienen, allfällige Quellensteuern auf Beteiligungserträgen zu umgehen oder Gewinne in Staaten mit einem gut ausgebauten Netz an Doppelbesteuerungsabkommen anfallen zu lassen.

2.5. Zwang zur Trennung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen

Die sowohl handelsrechtlich als auch steuerrechtlich unterschiedliche Behandlung von Kapitalentnahmen einerseits und Leistungen aufgrund schuldrechtlicher Beziehungen andererseits zwingt uns, beide Bereiche strikte auseinanderzuhalten. Wird diese Trennung nicht befolgt, so führt dies entweder zu einer stillen Kapitalentnahme oder aber zu einer stillen Kapitaleinlage. ¹⁵⁾

Um diese Trennung vornehmen zu können, bedarf es allgemein gültiger Kriterien, anhand welcher festzustellen ist, ob überhaupt eine Vermischung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen vorliegt und wenn ja, in welchem Umfang.

Diese Kriterien sind einerseits im Begriff der verdeckten Gewinnausschüttung enthalten, andererseits sind sie für die direkte Bundessteuer neuerdings direkt aus dem Begriff der geldwerten Leistung ableitbar.

Insbesondere steht fest, dass die Qualifikation einer Leistung nicht allein von der Parteibezeichnung abhängt.

14) Bsp.: Kantonales Domizilprivileg.

15) Die stille Kapitaleinlage soll uns im folgenden nicht weiter beschäftigen.

Vielmehr ist auf den effektiv vorliegenden wirtschaftlichen und rechtlichen Sachverhalt abzustellen, um zu beurteilen, ob eine mitgliedschaftsrechtlich oder eine schuldrechtlich motivierte Leistung vorliegt.¹⁶⁾

3. Verdeckte Gewinnausschüttung als zivilrechtswidriger Vorgang

Jede nicht offen ausgewiesene Gewinnausschüttung verletzt zwingende handelsrechtliche Normen.¹⁷⁾

Immer verletzt sind dabei die Normen betreffend Voraussetzungen¹⁸⁾ und Kompetenz¹⁹⁾ zur Gewinnausschüttung²⁰⁾.

Im weiteren kann aber auch ein Verstoß gegen die Normen betreffend Teilliberierung²¹⁾, Kapitalherabsetzung²²⁾, Ausgabe der Aktien mindestens zum Nennwert²³⁾ vorliegen, sowie eine Verletzung des Verbots der Einlagenrückgewähr²⁴⁾. Ebenso kann das Recht eines Aktionärs auf

16) Widmer, in ASA 20, 118.

17) Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 219; Reich S. 113; Locher S. 214; Probst S. 46 ff, 89 ff, 107 ff; Reich, in ASA 54, 619; Böckli, in Festschrift Frank Vischer S. 527 ff; Böckli, in ST 2/80 S. 4 ff.
a.M.: Mühlebach/Bürgi S. 178: "Im Rahmen der obligationenrechtlichen Normen lassen sich Gewinnausschüttungen vornehmen, ohne sie als solche auszuweisen."

18) OR 675 II, 662 ff, 671, 696, 698, 729.

19) OR 698 I Ziff 3: Zwingende Kompetenz der Generalversammlung.

20) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, III.

21) OR 633, 641 Ziff 4, 668 II, 683, 687 IV.

22) OR 732 ff.

23) OR 624 I.

24) OR 680 II.

einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn vereitelt sein.²⁵⁾

Demnach drängt es sich bereits aus zivilrechtlicher Sicht auf, verdeckte Gewinnausschüttungen zu korrigieren. Schon deshalb können sie vom Steuerrecht keinesfalls unkorrigiert übernommen werden.

4. Fiktion als Grundlage der Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung

Im Rahmen der Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung wird über formell rechtmässig zustandgekommene Parteivereinbarungen hinweggegangen. Die Parteien werden so gestellt, wie wenn sie sich an die marktüblichen Konditionen gehalten hätten. Es wird somit aus steuerlicher Sicht korrigierend eingegriffen, sodass Leistung und Gegenleistung einem marktkonformen Verhältnis entsprechen.

In einem gewissen Sinne wird demnach der Vorwurf des Missbrauchs erhoben. Die Korrektur ergibt sich aber unmittelbar aus dem Gesetz und es bedarf keiner weiteren Sondernorm.²⁶⁾

25) OR 660 I.

26) Zur Abgrenzung der verdeckten Gewinnausschüttung von der Steuerumgehung, siehe: Prym S. 74 ff; Ulrich S. 82 ff; Imboden, in ASA 31, 187 ff. Siehe ebenso hinten: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, I.

II. Analyse des Begriffes der verdeckten Gewinnausschüttung

1. Klassische Begriffsbestimmung

1.1. Die drei steuerbegründenden Kriterien der bundesgerichtlichen Definition

Das Bundesgericht hat am 13. Juli 1956 in einem grundlegenden Entscheid zur damaligen Wehrsteuer die Begriffselemente einer verdeckten Gewinnausschüttung zusammengefasst und fortan entsprechend angewandt.²⁷⁾,²⁸⁾

Danach ist eine verdeckte Gewinnausschüttung anzunehmen, wenn

- a) eine Leistung ausgerichtet worden ist, der keine angemessene Gegenleistung gegenübersteht, so dass sich die Leistung, als eine Entnahme von Gesellschaftsmitteln, in einer Verminderung der durch die Gewinn- und Verlustrechnung ausgewiesenen Geschäftsergebnisse auswirkt,
- b) mit der Leistung ein Mitglied der Gesellschaft (Aktionär) begünstigt wurde, die Leistung ihm direkt oder indirekt (z.B. über eine ihm nahestehende Person oder Unternehmung) zugehalten wurde, wobei anzunehmen ist, dass die Leistung unterblieben oder wesentlich geringer gewesen wäre, wenn der Begünstigte eine der Gesellschaft fernstehende Person gewesen wäre, die Leistung also insofern ungewöhnlich ist, sich mit sachgemäsem Geschäftsgebräuchen nicht vereinbaren lässt,

27) Leading case in: ASA 25, 433 ff, insbesondere S. 437 = BGE 82 I 288 ff = StR 12, 1957, S. 358, kommentiert durch Steinmann, in StR 32, 1977, S. 355 ff;
ebenso in: ASA 28, 540 ff; ASA 32, 102 ff; ASA 45, 417 ff.

28) Diese Begriffselemente verwendet auch das VGr des Kt ZH: RB 1947 Nr. Forts. Fussnote

- c) das Missverhältnis von Leistung und Gegenleistung für die handelnden Gesellschaftsorgane erkennbar gewesen sein muss, so dass angenommen werden kann, es sei eine Begünstigung beabsichtigt gewesen.

1.2. Analyse der drei Kriterien

1.2.1. Die objektiven Tatbestandselemente

1.2.1.1. Leistung ohne angemessene Gegenleistung

1.2.1.1.1. Allgemeines

Das Begriffselement der Leistung ohne angemessene Gegenleistung gibt das Erfordernis wieder, dass im Rahmen einer verdeckten Gewinnausschüttung Elemente verschiedener Rechtsgeschäfte zu einem gemischten Rechtsgeschäft kombiniert werden.

Gegen aussen erscheint der ganze Vorgang aber nur im Lichte einer austauschrechtlichen Beziehung.

Der effektive Geschäftsvorgang wird damit weder buchhalterisch noch rechtlich offengelegt.

Den Parteien stehen zwei Vorgehensweisen offen, dieses Resultat zu erreichen. Dabei handelt es sich einerseits um die verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne und andererseits um die Gewinnvorwegnahme.^{29), 30)}

Forts. Fussnote

27 = ZR 46 Nr. 30 = ZBl 48, 1947, S. 515 ff; RB 1978 Nr. 31; ZBl 79, 1978, S. 264 ff; StE 1985 B 24.4 Nr. 4.

29) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 69 ff zu § 45; Prym S. 43 ff; Ulrich S. 55 f; Imboden, in ASA 31, 178 f; Reich, in ASA 54, 615; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 324 f.

30) Ausführungen zur Ermittlung von Leistung und angemessener Gegenleistung folgen hinten: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI. Einzelne Beispiele sind zu finden in: 2. Teil, 3. Kapitel, § 3.

1.2.1.1.2. Verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne

Eine verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne besteht darin, "dass die Unternehmung entweder eine Leistung erbringt, der keine oder eine minderwertige Gegenleistung gegenübersteht. Sie werden in der Unternehmung als Gewinnungskosten oder als Erlös- bzw Ertragsschmälerungen verbucht. Die Gewinnausschüttung ist verborgen." 31)

Entscheidend ist hierbei, dass eine Leistung von der Gesellschaft an den Gesellschafter fließt, die bei ersterer als Aufwand behandelt wird. Dies ist jedoch in einem weiten Sinne zu verstehen, denn die verdeckte Gewinnausschüttung im engeren Sinne erfasst nicht nur diejenigen Vorgänge, die sich bei der Gesellschaft unmittelbar in übersetztem Aufwand auswirken. Vielmehr fällt auch der Erwerb von Aktiven zu einem übersetzten Preis darunter. 32)

1.2.1.1.3. Gewinnvorwegnahme

"Die Gewinnvorwegnahme besteht im Erlös bzw. Ertrag, der der Unternehmung zusteht, bei ihr aber nicht eingeht und nicht verbucht, sondern direkt dem Gewinnempfänger zugeleitet wird. Eine Gewinnvorwegnahme liegt auch vor, wenn der Erlös bzw Ertrag zwar vereinnahmt und verbucht wird, aber auf einer Vereinbarung beruht, mit der die Unternehmung benachteiligt und der andere Vertragspartner bevorteilt wird. Die Gewinnausschüttung ist überhaupt nicht verbucht." 33)

31) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 70 zu § 45.

32) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 86 zu § 45.

33) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 71 zu § 45.

Im Zentrum dieser Argumentationskette liegt somit die Tatsache, dass die Vermischung der mitgliedschafts- und schuldrechtlichen Bereiche den Ertrag der Gesellschaft nicht in der wirklichen Höhe erscheinen lässt. Vielmehr kommt dem Aktionär ein Teil des Erfolges der Gesellschaft direkt zu.

1.2.1.2. Direkte oder indirekte Begünstigung eines Aktionärs

Dieses zweite Element enthält den Bezugspunkt zur Aktien-ertragsbesteuerung. Eine Leistung an einen unbeteiligten, nicht nahestehenden Dritten kann nie als Aktienertrag qualifiziert werden. Dies ist nur möglich, wenn der Empfänger Gesellschafter ist und ihm die Leistung gerade wegen seiner Gesellschafterstellung zukommt.³⁴⁾

1.2.1.3. Würdigung

Die zwei genannten objektiven Tatbestandselemente des Begriffs der verdeckten Gewinnausschüttung stimmen mit den Kriterien des gesetzlichen Beteiligungsertragstatbestandes überein.

Auch dieser verlangt ja das Vorliegen einer geldwerten Leistung, die causa societatis erbracht wird.

³⁴⁾ Reich, in ASA 54, 612: "Dieser Teil der Leistung erfolgt causa societatis."

1.2.2. Das subjektive Tatbestandselement der Erkennbarkeit

1.2.2.1. Umschreibung

Zum Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung verlangt das Bundesgericht eine Begünstigungsabsicht der handelnden Organe. Es stellt jedoch keine allzu strengen Anforderungen an dieses Kriterium und lässt bereits die bloße Erkennbarkeit der Begünstigung genügen.³⁵⁾

Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann demnach nur vorliegen, wenn den handelnden Parteien bewusst ist, oder bei der gebotenen Aufmerksamkeit bewusst sein sollte, dass sie schuld- und mitgliedschaftsrechtliche Beziehungen vermischen und demnach der Gesellschaft still Gewinne entnehmen.

Zweck dieses Elementes soll sein, zu vermeiden, dass eine geschäftlich ungeschickte Disposition als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst und besteuert wird. Damit soll auch sichergestellt werden, dass bloss effektiv erzielte Erträge besteuert werden, nicht aber bloss erzielbare.³⁶⁾

Anzumerken bleibt jedoch, dass dem Verfasser dieser Arbeit kein Entscheid bekannt ist, bei welchem dieses subjektive Element von Bedeutung gewesen wäre und das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung mangels Erkennbarkeit abgelehnt worden wäre.

35) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 84 zu § 45; BGr: StE 1985 B 72, 13.22 Nr. 4; BGE 102 I b 168; ASA 28, 542; VGr Kt ZH: ZBl 79, 1978, S. 265.

36) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 75 zu § 45; Imboden, in ASA 31, 183 f.

1.2.2.2. Würdigung

1.2.2.2.1. Auswirkungen des subjektiven Elementes

Das subjektive Tatbestandselement der Erkennbarkeit führt zum Resultat, dass die steuerrechtliche Behandlung eines an sich rein wirtschaftlichen Vorganges, der Uebertragung von Vermögenswerten von der Gesellschaft auf den Aktionär causa societatis, je nach den konkreten Umständen der beteiligten Parteien verschieden zu erfolgen hat.

Ein gleichbleibender wirtschaftlicher Vorgang soll demnach den Beteiligungsertragstatbestand erfüllen oder eben nicht, je nach dem subjektiven Empfinden der Parteien.

1.2.2.2.2. Rückblick auf die gesetzliche Grundlage

Ein Rückblick auf den Gesetzestext zeigt, dass die drei den Beteiligungsertrag definierenden Elemente den subjektiven Willen der beteiligten Parteien nicht berücksichtigen. Vielmehr behandeln sie den Beteiligungsertrag als einen rein wirtschaftlichen Vorgang, wie ihn denn auch die zwei oben umschriebenen objektiven Tatbestandselemente skizzieren.

Mit der Statuierung des subjektiven Elementes wird demnach ein Element beigezogen, das dem gesetzlichen Tatbestand fremd ist.

1.2.2.2.3. Das Problem der Abgrenzung geschäftlich ungeschickter Dispositionen

Wie bereits angedeutet, wird die Rechtfertigung des subjektiven Erfordernisses der Erkennbarkeit auch darin gesehen, ungeschickte geschäftliche Dispositionen von der Erfassung als geldwerte Leistungen ausnehmen zu können.³⁷⁾

Dieses Argument ist jedoch nicht stichhaltig, denn die Frage, ob eine geschäftlich ungeschickte Disposition vorliegt oder aber die Ausrichtung einer geldwerten Leistung, stellt ein objektives Bewertungsproblem dar. Dieses kann nur mittels einer objektiven Gegenüberstellung von Leistung und Gegenleistung gelöst werden.

Dabei kann erst dann von einem rechtserheblichen Missverhältnis gesprochen werden, wenn die Differenz den Rahmen des geschäftsmässig Möglichen sprengt, das heisst, wenn sie über das hinausgeht, was sich unter den konkreten Verhältnissen geschäftlich noch irgendwie rechtfertigen lässt. Hievon kann erst dann gesprochen werden, wenn ein offensichtliches Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung besteht.³⁸⁾

Eines dritten subjektiven Elementes bedarf es demnach nicht, die notwendigen Abgrenzungen erfolgen anhand objektiver Bewertungskriterien.

37) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 75 zu § 45; Imboden, in ASA 31, 183 f; VGr Kt ZH: ZBl 79, 1978, S. 265 = RB 1977 Nr. 54.

38) BGer: StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5 ("klares Missverhältnis"); ASA 51, 543 ("deutlich niedriger"); ASA 43, 241 ("offensichtlich unter ihrem wirklichen Wert"); BGE 72 I 191 ("offensichtlicher Unrichtigkeit"). VGr Kt ZH: RB 1978 Nr. 31; RB 1977 Nr. 60. Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 80 zu § 45; Ulrich S. 130; Schärner, in ASA 43, 292; Imboden, in ASA 31, 185.

1.2.2.2.4. Verdeckte Gewinnausschüttung als rein wirtschaftlicher Vorgang

Die vorgehenden Ausführungen haben gezeigt, dass es sich bei einer verdeckten Gewinnausschüttung um einen rein wirtschaftlichen Vorgang handelt.

Die Beantwortung der Frage, ob eine solche vorliegt oder nicht, mit anderen Worten, ob eine Vermischung schuld- und mitgliedschaftsrechtlicher Beziehungen stattgefunden hat, hat demnach anhand rein objektiver Kriterien zu erfolgen.³⁹⁾

Das Steuerrecht kann sich auch in diesem Bereich nicht am Willen der handelnden Parteien orientieren. Vielmehr geht es darum, einen verwirklichten Sachverhalt zu qualifizieren und zu subsumieren. Mit anderen Worten geht es darum, die Rechtsfolgen an einen objektiv verwirklichten Sachverhalt zu knüpfen.

1.2.2.2.5. Postulat

Das subjektive Element des Begriffes der verdeckten Gewinnausschüttung ist aufzugeben. Es lässt sich nicht aus dem gesetzlichen Beteiligungsertragstatbestand herleiten und hat auch keine praktische Bedeutung.

Insbesondere ist es nicht notwendig zur Abgrenzung ungeschickter geschäftlicher Dispositionen, mithin zur Verhinderung, dass bloss erzielbare und nicht nur effektiv erzielte Gewinne besteuert werden.⁴⁰⁾

39) Zur Meinung der Lehre hiezu, siehe hinten: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 3.4.

40) a.M.: Ulrich S. 78.

2. Entwicklung der bundesgerichtlichen Argumentation

Die Theorie zur verdeckten Gewinnausschüttung war in der oben dargelegten Form während Jahrzehnten beinahe unverändert Bestandteil der bundesgerichtlichen Rechtsprechung.

Einzig das subjektive Erfordernis der Erkennbarkeit unterlag gewissen Schwankungen. Einerseits wurde zum Teil eine bewusste Vorteilszuwendung verlangt ⁴¹⁾, andererseits trat das Erfordernis der Erkennbarkeit in gewissen Entscheidungen ganz in den Hintergrund ⁴²⁾. Das Bundesgericht kehrte dann aber zu den ursprünglichen drei Elementen zurück und präzierte gleichzeitig den Begriff ⁴³⁾. In einem nächsten entscheidenden Schritt betreffend die direkte Bundessteuer sprach es ihm dann aber seine selbständige, steuerbegründende Bedeutung ab ⁴⁴⁾, um ihn letztlich im grundlegenden Fall Bellatrix ⁴⁵⁾ ganz aufzugeben, ohne

41) ASA 44, 549 ff.

42) ASA 49, 68 ff = StR 35, 1980, S. 452 ff; ASA 46, 450 ff; ASA 44, 549 ff; ASA 43, 238 ff = StR 31, 1976, S. 209 ff; ASA 38, 451 ff; ASA 32, 477 ff.
Siehe zur bundesgerichtlichen Entwicklung auch: Steinmann, in StR 32, 1977, S. 365.

43) ASA 49, 68 ff, insbesondere S. 70: "Die Tatsache, dass eine Leistung einem Aktionär ausgerichtet wird, einer der Gesellschaft fernstehenden Person aber nicht oder nicht im selben Umfang gewährt würde, ist dabei als gewichtiges Indiz für den fehlenden Kostencharakter einer Leistung zu betrachten. Insofern ist die bisherige Rechtsprechung zu verdeutlichen."

44) ASA 51, 538 ff, insbesondere S. 541: "Diesem von der Rechtsprechung entwickelten Begriff kommt (entgegen BGE 102 I b 166 ff) keine selbständige, steuerbegründende Bedeutung zu."

45) ASA 51, 546 ff = BGE 107 I b 325 ff = Pra 71, 1982, Nr. 130 = StR 38, 1983, S. 287 ff.

Bestätigt für die VSt: ASA 53, 84 ff.

Ebenso bestätigt für die direkte Bundessteuer: StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5; StE 1984 B 24.4. Nr. 3 = ASA 53, 54 ff.

Dem Bundesgericht ging es im Fall Bellatrix eigentlich darum, nicht hypothetisches Einkommen zu besteuern, sondern bloss effektiv erzielter. Um dies zu erreichen, warf es gleich die ganze Theorie der

Forts. Fussnote

jedoch das subjektive Erfordernis fallen zu lassen ⁴⁶⁾.

In der neueren Praxis hat das Bundesgericht nun nach anderen Anknüpfungspunkten gesucht und argumentiert jetzt mit Begriffen wie "Leistungen, die aussenstehenden Dritten nicht gewährt worden wären" ⁴⁷⁾ oder auch mit "freiwilligen Zuwendungen an Dritte". ⁴⁸⁾

3. Die Theorie der verdeckten Gewinnausschüttung in der Doktrin

3.1. Allgemeines

Auch die Doktrin baut ihre Argumentation zur dogmatischen Durchdringung des Problems der Vermischung gesellschafts- und schuldrechtlicher Beziehungen seit langen Jahren auf die Theorie der verdeckten Gewinnausschüttung.

Dabei ist aber zu beachten, dass schon früh Uneinigkeit betreffend der einzelnen Begriffselemente bestand.

Forts. Fussnote

verdeckten Gewinnausschüttung über Bord. Das gleiche Ziel hätte aber auch auf dem Weg einer veränderten Berechnung des Umfanges der Gewinnausschüttung erreicht werden können, unter gleichzeitiger Beibehaltung der allgemeinen Theorie.

⁴⁶⁾ ASA 51, 546 ff E 3 c; StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5.

⁴⁷⁾ ASA 53, 87; StE 1984 B 24.4 Nr. 3 b = ASA 54, 58; StE 1986 B 72.14.2 Nr. 5 a = StR 41, 1986, S. 475.

⁴⁸⁾ ASA 51, 541 ff; StE 1986 B 72.14.2. Nr. 5; StR 41, 1986, 340.
Ebenso: Masshardt N 24 zu Art. 49.
Damit verwendet das Bundesgericht ein Argument, dem der Gesetzgeber wohl eine andere Bedeutung beigemessen hat.

3.2. Unveränderte Uebernahme der drei klassischen Begriffselemente

Insbesondere die Zürcher Kommentatoren ⁴⁹⁾, dann aber auch Bosshardt ⁵⁰⁾, Masshardt ⁵¹⁾ und in neuerer Zeit auch Prym ⁵²⁾ haben sich der Theorie der verdeckten Gewinnausschüttung in ihrer klassischen Form angeschlossen. ⁵³⁾

Auch sie betrachten demnach eine verdeckte Gewinnausschüttung als vorliegend, sobald die drei genannten Elemente gegeben sind.

3.3. Zusätzliches objektives Erfordernis der massgeblichen Beteiligung

3.3.1. Umschreibung

Aus dem Umstand, dass eine Gesellschaft beim Erbringen einer verdeckten Gewinnausschüttung die eigenen Interessen hinter diejenigen des empfangenden Aktionärs stellt, wurde

49) Reimann/Zuppinger/Schärer Bd III N 68 ff zu § 45.

50) Bosshardt S. 203.

51) Masshardt N 24 ff zu Art. 49 I lit b.

52) Prym S. 30 ff, insbesondere S. 69 ff.

53) Ebenso: Biemer/Graf S. 460 ff; Cagianut/Höhn § 12 N 64; Reich, in ASA 54, 621 f; Imboden, in ASA 31, 177 ff.

zum Teil geschlossen, nur ein massgeblich beteiligter Aktionär könne Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung sein, denn nur ihm sei es kraft seiner Macht möglich, die Gesellschaft zu einem solch selbstlosen Verhalten zu bewegen.⁵⁴⁾

3.3.2. Würdigung

Das Kriterium der massgeblichen Beteiligung geht eindeutig über den Sinn des gesetzlichen Tatbestandes hinaus. Dieser fragt in keiner Weise danach, ob der Aktienерtrag aus einer einzigen Aktie einer grossen Publikumsgesellschaft resultiert oder aus einer Mehrheitsbeteiligung an einer Familiengesellschaft.

Immer entscheidend bleibt vielmehr die Frage, ob überhaupt eine Leistung erbracht wird und ob diese causa societatis erfolgt. Sind diese Kriterien erfüllt, so ist es auch der Tatbestand des Beteiligungsertrages.⁵⁵⁾

Die Frage nach der massgeblichen Beteiligung kann demgegenüber nur eine praktische sein. So ist es zum Beispiel eher unwahrscheinlich, dass ein einzelner Minderheitsaktionär eine grosse Publikumsgesellschaft dazu bewegen kann, zu seinen Gunsten eine verdeckte Gewinnausschüttung vorzunehmen. Führen jedoch weitere Umstände dazu, dass er Begünstigter einer solchen wird, so steht sein prozentual geringer Anteil der Qualifikation dieses Einkommens als Beteiligungsertrag in keiner Weise entgegen.

54) Pestalozzi S. 59 ff; Studer S. 164 ff; Ulrich S. 67 ff; Russi S. 16 ff; Imboden, in ASA 31, 186; Steinmann, in StR 32, 1977, S. 365.

55) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 76 zu § 45; Schärner, in ASA 43, 291.

3.4. Abkehr vom subjektiven Element der Erkennbarkeit

3.4.1. Allgemeines

Känzig hat sich seit jeher gegen das subjektive Element der Erkennbarkeit gewendet.⁵⁶⁾ Er sieht in diesem Element eine Vermischung mit dem Begriff der Steuerumgehung.

"Die Frage, ob eine Gewinnausschüttung der Gesellschaft an die Gesellschafter vorliegt, ist rein wirtschaftlicher Natur; es geht darum, ob die Leistungen der Gesellschaft den Charakter von Kosten haben oder nicht. Aus diesem Grund stellt sich bei der verdeckten Gewinnausschüttung - entgegen der vorherrschenden Meinung - die Frage, ob sich die Unternehmungsleitung dieser Tatsache bewusst ist, gar nicht."⁵⁷⁾

3.4.2. Würdigung

Wie bereits oben dargelegt, ist die Abkehr vom subjektiven Erfordernis als drittes selbständiges Element der Begriffsbestimmung zu unterstützen.⁵⁸⁾

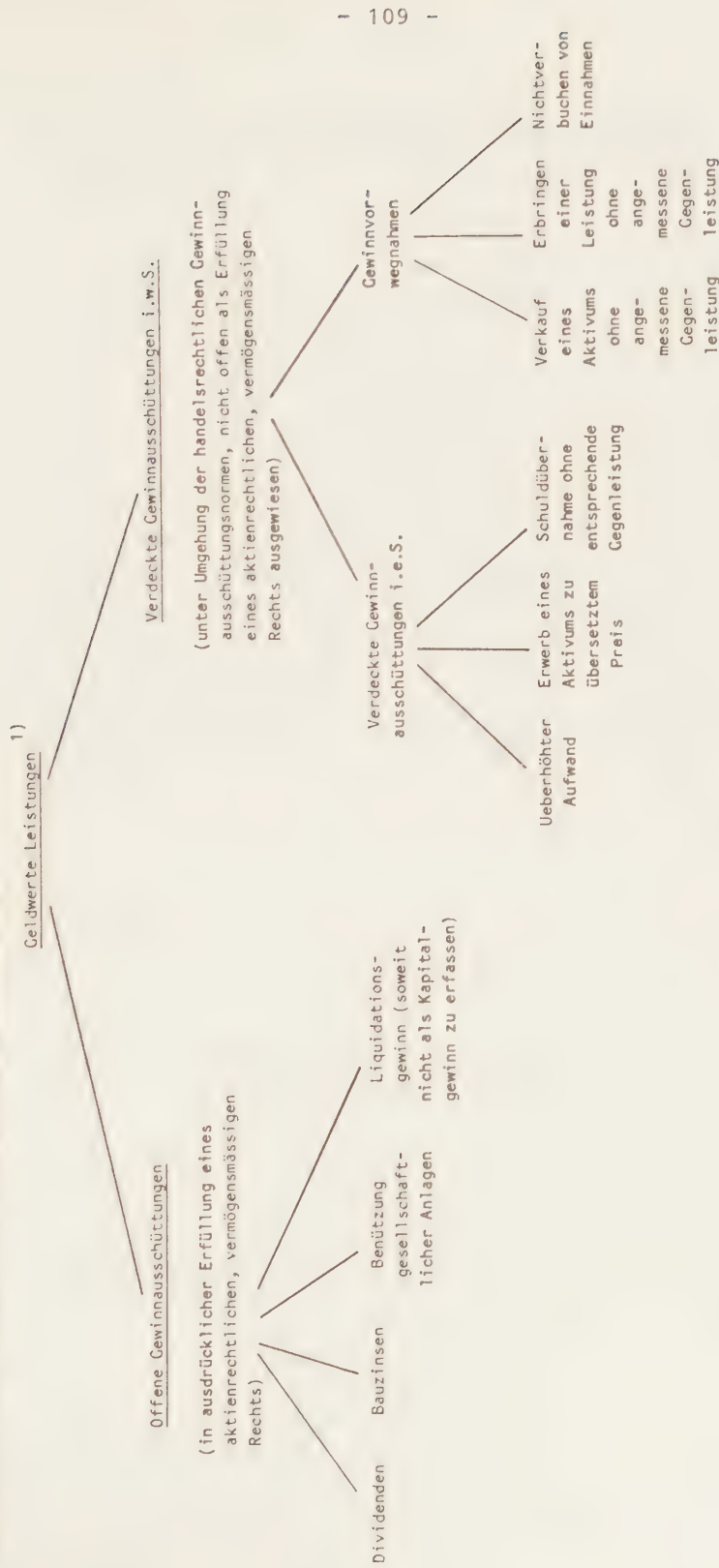
Das Steuerrecht kann bei der Qualifikation und Bewertung von Leistungen nicht auf den subjektiven Willen der Parteien abstellen, es hat sich vielmehr allein am objektiv gegebenen Sachverhalt zu orientieren und am gesetzlichen Tatbestand. Dieser letztere ist es aber gerade, der den Beteiligungsertrag als rein wirtschaftlichen Vorgang definiert.

56) Känzig 1.A N 53 zu Art. 49; Känzig Ergbd 2.A N 53 zu Art. 49.
Ebenso: Locher S. 214 ff; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 335;
Steinmann, in StR 32, 1977, S. 355 ff.

57) Känzig Ergbd 2.A N 53 zu Art. 49.

58) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.2.

4. Uebersicht über die Arten der geldwerten Leistungen



1) Mit jeder der hier dargestellten Art von geldwerter Leistung befriedigt die Gesellschaft das Recht des Aktionärs auf einen verhältnismässigen Anteil am Reingewinn: OR 660.

III. Gesetzliche Grundlage zur steuerlichen Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung

1. Theorie von Imboden ⁵⁹⁾

Imboden verlangt sowohl zur Korrektur einer verdeckten Gewinnausschüttung im engeren Sinne als auch einer Gewinnvorwegnahme eine ausdrückliche gesetzliche Grundlage.

Nur soweit aus dem Gesetzeswortlaut direkt hervorgeht, dass einerseits geschäftsmässig nicht begründete Aufwendungen zu korrigieren sind und andererseits auch die der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträge, betrachtet er eine genügende gesetzliche Grundlage zur Besteuerung von verdeckten Gewinnausschüttungen im engeren Sinne und von Gewinnvorwegnahmen als gegeben. Fehlt jedoch im Gesetzestext etwa der Einbezug von der Erfolgsrechnung nicht gutgeschriebenen Erträge, so ist eine Aufrechnung der Gewinnvorwegnahmen seiner Ansicht nach nicht zulässig.

Damit basieren Imbodens Ausführungen zur gesetzlichen Grundlage verdeckter Gewinnausschüttungen auf einer streng grammatikalischen Auslegungsmethode.

2. Gesetzliche Grundlage anhand teleologischer Auslegung des steuerrechtlichen Reinertragstatbestandes

Geht man weniger formalistisch vor als dies Imboden tut, so lässt sich eine gesetzliche Grundlage zur Besteuerung verdeckter Gewinnausschüttungen auch aus den allgemeinen Reinertragstatbeständen des Unternehmenssteuerrechts finden.

⁵⁹⁾ Imboden, in ASA 31, 177 ff, insbesondere S. 179.

Sämtliche Steuergesetze knüpfen zur Bestimmung des steuerbaren Reingewinnes entweder an den Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung an, an den Reingewinn, oder an das Geschäftsergebnis. Zudem enthalten die gesetzlichen Tatbestände immer noch gewisse Korrekturvorschriften. Ziel all dieser Normen ist die Besteuerung der Gesellschaft gemäss ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit. Diese Leistungsfähigkeit zeigt sich im betriebswirtschaftlich und handelsrechtlich korrekt ausgewiesenen Gesellschaftsertrag.

Aus teleologischer Sicht kann demnach nur ein korrekt ausgewiesenes Geschäftsergebnis eine genügende Grundlage zur Besteuerung sein. Schliesst man diese Gedanken in die Auslegung der gesetzlichen Reinertragstatbestände mit ein, so ist der Weg offen, auch anhand eines eng gefassten Wortlautes alle Formen verdeckter Gewinnausschüttungen bereits aus der Optik der Gesellschaft zu erfassen.

3. Einfluss der Handelsrechtswidrigkeit verdeckter Gewinnausschüttungen auf das Erfordernis der gesetzlichen Grundlage ⁶⁰⁾

3.1. Massgeblichkeitsprinzip

Nach dem Massgeblichkeitsprinzip kann nur eine Buchhaltung Grundlage für das Steuerrecht sein, die in Übereinstimmung mit den handelsrechtlichen Buchführungsvorschriften steht. ⁶¹⁾

Ist dieses Erfordernis erfüllt, so sind Fiskus und Steuersubjekt grundsätzlich an die eingereichten Bücher gebunden. ⁶²⁾ Fehlt es aber an diesem Erfordernis, so müssen die Steuerfaktoren anhand anderer Angaben ermittelt werden.

3.2. Einfluss der Handelsrechtswidrigkeit im einzelnen ⁶³⁾

Indem das Obligationenrecht bestimmt, dass Gewinne nur aus dem Reingewinn ausgeschüttet werden dürfen ⁶⁴⁾, verpflichtet es gleichzeitig den Buchhalter, sämtliche Er-

60) Zur Handelsrechtswidrigkeit, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, I, 3.

61) Reich S. 41; Cagianut/Höhn § 4 N 26 und 55 ff; Käfer N 5.53 zu Grundlagen; Känzig 1.A N 6 zu Art. 49; Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 2 zu § 45; Reich, in ASA 54, 642.
BGr: StR 41, 1986, S. 474: "Grundlage für die Ermittlung des steuerbaren Reinertrages einer Aktiengesellschaft ist nach Art. 49 Abs. 1 lit a WStB (heute BdSt) der Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung, das heisst das Ergebnis eines nach dem System der doppelten Buchführung erstellten Rechnungsabschlusses, wie ihn das Obligationenrecht für Aktiengesellschaften vorschreibt."

62) Reich S. 41.

63) Zur Handelsrechtswidrigkeit, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, I, 3.

64) OR 674 I.

träge einer Gesellschaft in einer ersten Phase offen auszuweisen, damit dann in einer zweiten Phase zur Gewinnausschüttung an die Aktionäre geschritten werden kann.

Diese buchhalterische Pflicht wird im Zuge einer verdeckten Gewinnausschüttung jedoch verletzt.

Die Buchhaltung einer verdeckt Gewinn ausschüttenden Gesellschaft ist somit nicht handelsrechtskonform geführt. Damit kann sie nach dem Massgeblichkeitsprinzip aber nicht Grundlage für das Steuerrecht bilden. Vielmehr drängt sich bereits aus zivilrechtlicher Sicht eine Korrektur auf und steuerrechtliche Vorschriften mit demselben Ziel wiederholen nur, was das Zivilrecht bereits gebietet. Deshalb ist fraglich, ob das Steuerrecht überhaupt noch eigene Korrekturvorschriften braucht. ⁶⁵⁾

Im weiteren kann man sich auch fragen, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung nicht einen Verstoß gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit darstellt. ⁶⁶⁾ Aus diesem Grundsatz folgt ja bekanntlich, dass die Bücher einer Gesellschaft vollständig zu sein und dass die vorgenommenen Bewertungen sich im gesetzlichen Rahmen zu bewegen haben. ⁶⁷⁾

Diese Frage kann nicht allgemein gültig beantwortet werden. So verstösst die Verbuchung eines übersetzten Salärs nicht gegen den Grundsatz der Bilanzwahrheit. Anders ist aber

⁶⁵⁾ gl.M.: Reich, in ASA 54, 621 FN 23.

a.M.: Locher S. 214: "Allein das Steuerrecht knüpft nicht an diese zivilrechtliche Betrachtungsweise an, sondern greift direkt zur Fiktion, dass das Geschäft zwischen Gesellschaft und Begünstigtem zu angemessenen Bedingungen geschlossen worden ist." Er spricht denn auch von "...steuersystematischen Anknüpfungen".

⁶⁶⁾ OR 959.

⁶⁷⁾ Blumer/Graf S. 73 f; Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 161; Cagianut/Höhn § 4 N 30 ff; Käfer BE Ko, BE 1981, N 252 ff zu OR 959; Bossard ZH Ko, ZH 1984, OR 959; RHB 2.221 f.

dann zu entscheiden, wenn ein simuliertes Darlehen der Gesellschaft gegenüber dem Aktionär bilanziert wird.

Zusammenfassend kann somit festgestellt werden, dass je nach Sachverhalt eine verdeckte Gewinnausschüttung neben den Ausschüttungsnormen auch den Grundsatz der Bilanzwahrheit verletzen kann.⁶⁸⁾

IV. Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung

1. Allgemeines

Das Steuerrecht beabsichtigt mit der Korrektur verdeckter Gewinnausschüttungen die Steuerfaktoren Reinertrag und Reineinkommen richtig zu bestimmen. Mit dem Eingreifen wird demnach einerseits ein korrekter Gewinnausweis der Aktiengesellschaft angestrebt und andererseits eine korrekte Erfassung der dem Aktionär zufließenden Vermögenswerte.

2. Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschafter⁶⁹⁾

Auf der Stufe des Aktionärs kann sich die Erfassung einer verdeckten Gewinnausschüttung steuerneutral, steuererhöhend oder steuermindernd auswirken.

Steuerneutral⁷⁰⁾ läuft der Vorgang dann ab, wenn er bloss eine Umqualifikation eines bereits besteuerten Zuflusses zu Vermögensertrag bewirkt. Ebenso resultiert dann keine Erhöhung der Steuerfaktoren, wenn dem zusätzlichen Ein-

⁶⁸⁾ Cagianut, in SAC 57, 1985, S. 176.

⁶⁹⁾ Ulrich S. 143 ff; Prym S. 112 f.

⁷⁰⁾ Steuerneutral im Sinne der Einkommens- bzw. Ertragssteuern, nicht aber im Sinne der Verrechnungssteuern.

kommen entsprechend erhöhte, abzugsfähige Aufwendungen gegenüberstehen.⁷¹⁾

Steuererhöhend wirkt sich die Erfassung der Gewinnausschüttung aus, wenn eine Umqualifikation einen bislang steuerfreien Zufluss betrifft, etwa einen privaten Kapitalgewinn. Ebenso tritt eine zusätzliche Steuerbelastung dann ein, wenn der als verdeckte Gewinnausschüttung erfasste Vorgang bisher in der Wirtschaft des Empfängers gar nicht als Zufluss in Erscheinung trat, weil er zum Beispiel in der Uebernahme von persönlichem Aufwand des Aktionärs bestand.

Eine Steuermindering ergibt sich schliesslich, wenn der Aktionär nach der Umqualifikation von einem Beteiligungsprivileg profitieren kann, währenddem der betroffene Ertrag bis anhin zum ordentlich steuerbaren Geschäftsertrag gehörte.⁷²⁾ Eine solche Konstellation liegt etwa dann vor, wenn der Aktionär als juristische Person der Gesellschaft Leistungen zu einem übersetzten Preis erbringt. Ohne Umqualifikation stellt der gesamte Leistungspreis steuerbaren Ertrag dar, mit Umqualifikation nur der marktkonforme Anteil. Für den Rest kann das Beteiligungsprivileg beansprucht werden.

Nebenbei sei erwähnt, dass eine Umqualifikation von Beteiligungsertrag nicht nur steuerliche Folgen haben kann. Ist nämlich eine Leistung betroffen, die bis anhin als Salär erfasst wurde, so lässt die Aufdeckung als verdeckte Gewinnausschüttung einen Rückerstattungsanspruch auf die

71) Dies ist z.B. dann der Fall, wenn die AG auf die Verzinsung eines Darlehens verzichtet. Die Aufdeckung dieser verdeckten Gewinnausschüttung führt beim Aktionär zwar zu zusätzlichem steuerbarem Beteiligungsertrag. Gleichzeitig kann er aber die erhöhten Schuldzinsen voll in Abzug bringen.

72) Siehe hiezu auch: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 50 ff zu § 19 lit c + d; Reich, in ASA 54, 622 ff; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 367.

bereits entrichteten Sozialversicherungsbeiträge entstehen.
73)

3. Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschaft ⁷⁴⁾

Auf der Stufe der Gesellschaft ergeben sich die Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung aus den beiden Grundsätzen, dass einerseits Gewinnausschüttungen keinen Aufwand der Aktiengesellschaft darstellen und dass andererseits alle der Gesellschaft zustehenden und effektiv realisierten Erträge der Erfolgsrechnung gutzuschreiben sind.

Demnach ist die gesellschaftsrechtlich motivierte Leistung dem Saldo der Erfolgsrechnung gutzuschreiben, was zu einer entsprechenden Erhöhung des steuerbaren Reingewinnes führt. ⁷⁵⁾

V. Zeitlicher Eintritt der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung

1. Eintritt der Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschaft

1.1. Allgemeines

"Die Gewinnausschüttungen sind dem Reingewinn desjenigen Jahres zuzurechnen, in welchem sie der Erfolgsrechnung belastet wurden. Die Gewinnvorwegnahmen sind in dem Jahre aufzurechnen, in welchem sie erfolgt sind." ⁷⁶⁾

73) Herold, in StR 32, 1977, S. 218.

74) Ulrich S. 141; Prym S. 112.

75) Zum Zeitpunkt dieser Aufrechnung, siehe hinten: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, V.

76) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 85 zu § 45.

Die gebotene Aufrechnung ist bei der leistenden Gesellschaft somit auf diesen Zeitpunkt hin vorzunehmen, in welchem sich die verdeckte Gewinnausschüttung auf die Erfolgsrechnung auswirkt.

Dieser Zeitpunkt ist nicht in allen Fällen identisch, sondern hängt vom konkret vorliegenden Sachverhalt ab.

1.2. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels überhöhtem Aufwand

Verbucht die Gesellschaft Gewinnausschüttungen in Form von Aufwand, so belastet dies direkt den Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung. Entsprechend hat auch die Korrektur im gleichen Geschäftsjahr zu erfolgen wie die übermässige Belastung. Nur so kann ein korrekter Erfolgsausweis sichergestellt werden.⁷⁷⁾

1.3. Verdeckte Gewinnausschüttung unter Verzicht auf Ertrag

Unterlässt die Gesellschaft die Verbuchung von ihr zustehendem, effektiv realisiertem Ertrag, bewirkt sie also eine Gewinnvorwegnahme, so wirkt sich auch dies unmittelbar auf die Erfolgsrechnung aus. Ein korrekter Gewinnausweis kann nur sichergestellt werden, indem die Korrektur im selben Geschäftsjahr erfolgt, in welchem die erfolgswirksame Buchung unterblieben ist.⁷⁸⁾

77) Känzig 1.A N 55 und N 57 zu Art. 49.

78) Känzig 1.A N 57 und N 58 zu Art. 49.

1.4. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels Belastung eines aktiven Bestandeskontos

Nimmt eine Gesellschaft eine verdeckte Gewinnausschüttung über den Erwerb eines Aktivums zu einem über dem Verkehrswert⁷⁹⁾ liegenden Preis vor, so entsteht aus ertragssteuerlicher Sicht kein unmittelbares Bedürfnis nach einer Korrektur, denn die Erfolgsrechnung wird durch den Vorgang nicht belastet.⁸⁰⁾

Dabei darf aber nicht übersehen werden, dass die Bücher der Gesellschaft handelsrechtswidrig geführt sind, da die Höchstwertvorschriften des Aktienrechts verletzt werden.⁸¹⁾ ⁸²⁾

Ertragssteuerlich wirkt sich dieser Vorgang jedoch erst dann aus, wenn die Gesellschaft auf dem Aktivum Abschreibungen vornimmt.⁸³⁾ Diese sind handelsrechtlich zwar geradezu geboten, steuerrechtlich können sie jedoch die Erfolgsrechnung nicht belasten, da sie nicht geschäftsmässig begründet sind.⁸⁴⁾ Entsprechend erfolgt aus steuerlicher Sicht eine Korrektur dieser Abschreibung.

79) Im Extremfall kann es sich um einen Non-Valeur handeln.

80) a.M.: UTrich S. 137 ff.

81) OR 665 ff.

82) Die Handelsrechtswidrigkeit bewirkt denn auch, dass das steuerbare Kapital der Gesellschaft sofort zu korrigieren ist. Siehe hiezu: Reich, in ASA 54, 622 FN 27; Schärner, in ASA 43, 294 f; Yersin, in ASA 47, 596.

83) Vorher bleibt die Erfolgsrechnung der Gesellschaft vom ganzen Vorgang ja unberührt.

84) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 86 zu § 45; Känzig 1.A N 56 zu Art. 49; Reich, in ASA 54, 622; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 367; Schärner, in ASA 43, 294.
StE 1984 B 24.4 Nr. 3 e.

1.5. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels Veräußerung von Gesellschaftsaktiven unter dem Verkehrswert

Ueberträgt eine Gesellschaft ein Aktivum unter seinem Marktwert auf den Aktionär, so kann dies auf zwei Ebenen zu Steuerfolgen führen.

Einmal können sich steuerliche Konsequenzen ergeben, wenn auf dem Aktivum stille Reserven liegen. Diese müssen in einer ersten Phase ertragswirksam aufgelöst werden. In einer zweiten Phase kann dann zur Uebertragung zum Marktwert geschritten werden. Die Differenz zwischen dem Marktwert und dem effektiven Verkaufspreis muss dabei sofort der Erfolgsrechnung gutgeschrieben werden.⁸⁵⁾

1.6. Verdeckte Gewinnausschüttung mittels Belastung eines passiven Bestandeskontos

Eine verdeckte Gewinnausschüttung mittels Belastung eines passiven Bestandeskontos kann auf drei Arten erfolgen.

Einmal kann der Vorgang über ein Konto mit bereits versteuerten Mitteln ablaufen. Dies bleibt ohne Steuerfolgen für die leistende Gesellschaft. Wird jedoch ein unbesteuerteres Rückstellungskonto belastet, so führt dies zu einer unverzüglichen Aufrechnung des entsprechenden Aufwandes. Gleich ist zu verfahren, wenn die Belastung über die Einbuchung eines anderen Fremdkapitalkontos, etwa eines Kreditoren- oder Darlehenskontos erfolgt, und gleichzeitig ein Schulderrlass gewährt wird.⁸⁶⁾

85) Känzig 1.A N 57 zu Art. 49.

86) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 88 zu § 45; Ulrich S. 140.

2. Eintritt der Rechtsfolgen auf Stufe Gesellschafter

2.1. Herrschende Praxis und Doktrin

Sowohl in der Judikatur als auch in der Doktrin wird die These vertreten, verdeckte Gewinnausschüttungen würden "...mit der Genehmigung der Bilanz und Erfolgsrechnung und mit der Entlastung der Verwaltung durch die Generalversammlung..." realisiert.⁸⁷⁾

Begründet wird diese Auffassung mit dem Argument, dass nach dem Bilanzgenehmigungsbeschluss mit der Rückleistung an die Gesellschaft nicht mehr ernstlich zu rechnen sei, womit der Realisationstatbestand aber erfüllt sei.

Zudem wird ausgeführt, dass das Steuerrecht auf dem Faktizitätsprinzip basiere, "d.h.: ein Steuertatbestand wird dann als verwirklicht angesehen, wenn die rein tatsächlich festzustellenden Vorgänge so zu deuten sind. Ist der Vorgang rechtlich anfechtbar, so kommt so lange darauf nichts an, als er nicht tatsächlich angefochten und tatsächlich rückgängig gemacht wird."⁸⁸⁾

87) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 23 zu Vorbemerkungen zu § 19-32; Ebenso: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 52 zu § 19 lit c + d und Bd III N 73 zu § 45; Russi S. 46 f; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 367.
VGr Kt ZH: RB 1981 Nr. 50; RB 1958 Nr. 7.
ORK Kt ZH: RB 1958 Nr. 7 = ZR 58 Nr. 12.

88) Böckli, in ST 2/80 S. 5 FN 22.
(Im Original kursiv gedruckte Stellen wurden unterstrichen).

2.2. Würdigung

2.2.1. Der steuerrechtliche Realisationsbegriff

2.2.1.1. Funktion des Realisationsbegriffes

Die allgemeine Einkommenssteuer erfasst nicht einzelne Vermögenszugänge, sondern die Gesamtheit der dem Steuerpflichtigen während einer bestimmten Zeitperiode zufließenden Werte. Um diese Werte erfassen zu können, bedarf es der Kriterien, anhand welcher eine "zeitliche Fixierung des Einkommens" ⁸⁹⁾, mit anderen Worten, eine periodengerechte Besteuerung erreicht werden kann.

2.2.1.2. Der allgemeine Realisationsbegriff

Nach allgemein anerkannter Definition gilt das Einkommen in dem Zeitpunkt als steuerwirksam zugeflossen, "... in welchem der Pflichtige einen festen Rechtsanspruch auf das Vermögensrecht erwirbt, sofern dessen Erfüllung nicht besonders unsicher ist." ⁹⁰⁾

Der Realisationsbegriff wird demnach durch zwei Elemente charakterisiert, dem festen Rechtsanspruch einerseits und der Sicherheit der Erfüllung andererseits.

2.2.1.3. Realisation von Beteiligungserträgen im allgemeinen

Wie bereits dargelegt, gelten Beteiligungserträge grundsätzlich nach erfolgtem Gewinnverwendungsbeschluss der Generalversammlung als realisiert. ⁹¹⁾ Der Rechtsanspruch auf die Dividende ist entstanden und die Erfüllung kann

⁸⁹⁾ Blumenstein S. 229.

⁹⁰⁾ Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 21 zu Vorbemerkungen zu § 19-32. Ebenso: Känzig 2.A N 6 f zu Art. 21; Höhn Bd 8 § 13 N 31.

⁹¹⁾ Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 23 zu Vorbemerkungen zu § 19-32.

normalerweise als gesichert betrachtet werden.

Ein späterer Realisationszeitpunkt wird nur dann angenommen, wenn die Dividende nicht sofort fällig ist. Dann fällt die Realisation auf den späteren Fälligkeitstermin.⁹²⁾

2.2.2. Realisation von verdeckten Gewinnausschüttungen im besonderen

2.2.2.1. Rückerstattungsanspruch der leistenden Gesellschaft

Eine verdeckte Gewinnausschüttung lässt regelmässig einen Rückerstattungsanspruch der leistenden Gesellschaft entstehen.

Dieser stützt sich gewöhnlich auf die Bereicherungsregeln von OR 62 ff, denn die Gesellschaft erbringt eine Leistung sine causa.⁹³⁾ Der Anspruch verjährt innert Jahresfrist.

Bei Bösgläubigkeit des empfangenden Aktionärs kommt alternativ auch OR 678 als Rechtsgrundlage in Frage, der die Rückerstattung von ungerechtfertigterweise und in bösem Glauben bezogenen Dividenden vorsieht.⁹⁴⁾ Dieser Anspruch verjährt innert fünf Jahren seit der Zahlung. In besonders krassen Fällen kann eine verdeckte Gewinnausschüttung aber auch einen Verstoss gegen die Teillibervierungsvorschriften darstellen, wenn etwa im nachhinein

92) Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 42 zu § 19 lit c + d.

93) Die Leistung stellt ja die Ausschüttung eines Gewinnanteils dar. Hiezu ist aber nur die Generalversammlung zuständig. Demnach fehlt der Leistung ihre rechtliche Verbindlichkeit.
gl.M.: von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen S. 554.

94) gl.M.: Böckli, in ST 2/80 S. 5 FN 19; Böckli, in Aktienrechtliches Sondervermögen S. 542.
a.M.: von Greyerz S. 70; von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen S. 553 f.

ein "Non-versé" gebildet wird.⁹⁵⁾ Der Rückerstattungsanspruch basiert dann direkt auf der Pflicht des Aktionärs zur Liberierung des von ihm gezeichneten Kapitals.⁹⁶⁾ Dieser Anspruch ist an keine Fristen gebunden.

2.2.2.2. Auswirkungen des Rückerstattungsanspruchs auf den Forderungserwerb

Solange ein Rückerstattungsanspruch besteht, erwirbt der Aktionär keinen festen Rechtsanspruch auf die erhaltene Leistung. Vielmehr entsteht ein Schwebezustand, während welchem er dauernd mit der Rückleistung zu rechnen hat oder sie zumindest nicht ausschliessen kann.

Dieser Schwebezustand wird einerseits durch Ablauf der Verjährungsfrist beendet. Andererseits kann er aber auch durch einen Forderungserlass behoben werden. Dies ist jedoch nur im Rahmen eines zweiseitigen Erlassvertrages möglich, nicht aber in der Form eines einseitigen Verzichts.⁹⁷⁾ In besonders gelagerten Fällen kommt noch eine dritte Möglichkeit hinzu, den Schwebezustand zu beenden. Denkbar ist nämlich, dass bereits ein Bilanzgenehmigungsbeschluss eine genügende Grundlage bildet. Diese Ansicht entspricht auch der herrschenden Lehre. Einschränkend muss hiezu jedoch gesagt werden, dass ein Bilanzgenehmigungsbeschluss nur dann unmittelbare Steuerfolgen für den Aktionär haben kann, wenn aus ihm der ausdrückliche⁹⁸⁾

95) Gleichzeitig kann damit auch eine Verletzung der Mindesteinzahlungspflicht, OR 633, vorliegen.

96) OR 680.

97) OR 115; von Tuhr/Escher S. 173 ff.

98) Diese subjektive Komponente ist nicht zu verwechseln mit dem abzulehnenden subjektiven Tatbestandselement der verdeckten Gewinnausschüttung selbst. Hier wird nicht gefragt, ob eine Gewinnausschüttung als rein wirtschaftlicher Vorgang vorliege, hier wird vielmehr danach gefragt, ob auf die Geltendmachung eines bestehenden Rückerstattungsanspruchs verzichtet wird oder nicht.

Wille hervorgeht, dass die Gesellschaft den Rückerstattungsanspruch nicht geltend machen werde, um so die erbrachte Leistung endgültig dem Aktionär zukommen zu lassen.⁹⁹⁾

2.2.2.3. Auswirkungen des fehlenden Forderungserwerbs auf die Realisation

Soweit der Rückerstattungsanspruch der Gesellschaft nicht auf einem der drei genannten Wege untergeht, verhindert er beim Empfänger das Entstehen eines festen Rechtsanspruches. Damit fehlt es aber am entscheidenden Element des Realisationstatbestandes.¹⁰⁰⁾ Fraglich kann einzig sein, ob dieser Mangel etwa durch den Einfluss des Faktizitätsprinzips wett gemacht wird. Dies muss jedoch verneint werden, da ansonsten die Anforderungen des Realisationsprinzips laufend missachtet werden könnten und die periodengerechte Besteuerung gefährdet wäre.

VI. Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen

1. Bemessung als Kernproblem

Bei der Ermittlung einer verdeckten Gewinnausschüttung geht es um die Beantwortung der Frage, inwiefern eine Leistung ohne angemessene Gegenleistung erfolgt ist.¹⁰¹⁾

99) Insofern ist demnach die herrschende Lehre und Praxis einzuschränken, die in jedem Bilanzgenehmigungsbeschluss, auch ohne ausdrücklichen Willen betreffend verdeckter Gewinnausschüttung, die Grundlage für eine Realisation sieht: siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, V, 2.1.

100) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 19 zu Vorbemerkungen zu § 19 - 32; Cagianut/Höhn § 14 N 48 S. 469f.
BCE 74 I 135; ASA 49, 61; ASA 45, 61; ASA 41, 37; ASA 30, 81.

101) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.1.1.

Dabei stellt sowohl die Frage, ob überhaupt eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, als auch die nach dem Umfange der verdeckten Gewinnausschüttung ein Bewertungsproblem dar.

Das vorliegende gemischte Rechtsgeschäft, mittels welchem die verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt, muss in seine beiden Komponenten aufgeteilt werden. Die Vorgehensweise ist dabei derart, dass die aus dem schuldrechtlichen Verhältnis angemessene Leistung des Gesellschafters bestimmt wird und die Differenz zur effektiven Leistung als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst wird.

2. Bundesgerichtliches Vorgehen zur Bemessung von Leistung und Gegenleistung

2.1. Kombination von "Soll-" und "Ist-Besteuerung" bis zum Fall Bellatrix

2.1.1. Anwendung der "Soll-Besteuerung"

Das Bundesgericht wandte in seiner früheren Praxis die "Soll-Besteuerung" in all den Fällen an, in welchen die leistende Gesellschaft ausschliesslich im Interesse der eigenen Aktionäre tätig war.¹⁰²⁾

¹⁰²⁾ ASA 45, 590 ff: Mieter-AG; ASA 45, 417 ff: Mieter-AG; ASA 31, 141 ff: Lizenzen; ASA 30, 478 ff: Salär; ASA 30, 473 ff: Mieter-AG; BCE 102 I b 166 ff: Mieter-AG.

Bei den Immobiliengesellschaften wurde dabei der minimale steuerbare Reinertrag der AG so hoch angesetzt, dass nach der Deckung aller laufenden Unkosten eine Eigenkapitalrendite von 6 % verblieb. Das massgebliche Eigenkapital entsprach nach der Praxis der EStV bis 1975 dem Nominalkapital der AG, ab 1976 30 (resp.) 20 % des Marktwertes der dem Aktionär zur Verfügung gestellten Liegenschaft.

Ebenso ORK Kt ZH: ZB1 50, 1949, S. 447 ff = ZR 43 Nr. 147: Mieter-AG.

Diese "Soll-Besteuerung" ging als "subjektive Methode" ¹⁰³⁾ allein vom Blickwinkel der leistenden Gesellschaft aus. ¹⁰⁴⁾

Dabei wurde der Aktiengesellschaft als gewinnstrebige Unternehmung unterstellt, grundsätzlich immer gewinnbringend zu sein.

Reichte demnach die vom Aktionär geforderte Gegenleistung nicht zur Deckung der Betriebskosten und zur Erzielung einer üblichen Rendite aus, so wurde einem Teil der Leistungen der Gesellschaft die geschäftsmässige Begründetheit abgesprochen und im Umfange dieses Fehlbetrages auf ein Missverhältnis und damit auf eine verdeckte Gewinnausschüttung geschlossen.

Die Aktiengesellschaft musste somit ex officio aus Rechtsgeschäften mit Aktionären einen Gewinn erwirtschaften.

Damit wurde klarerweise eine bloss erzielbare, nicht eine effektiv erzielte Grösse besteuert. Dies obwohl namhafte Autoren gerade im subjektiven Element der Theorie der verdeckten Gewinnausschüttung eine Garantie zur Vermeidung dieses Resultates sahen. ¹⁰⁵⁾

2.1.2. Anwendung der "Ist-Besteuerung"

Soweit eine Aktiengesellschaft nicht nur im Interesse ihrer Aktionäre tätig war und demnach Leistungen diesen gegenüber mit Leistungen gegenüber Dritten vergleichbar waren, bekannte sich das Bundesgericht seit jeher zur "Ist-Be-

¹⁰³⁾ Stockar, in ASA 53, 179.

¹⁰⁴⁾ gl.M.: Perstalozzi S. 38; Prym S. 45; Ulrich S. 66; Imboden, in ASA 31, 181.

¹⁰⁵⁾ Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 75 zu § 45; Imboden, in ASA 37, 183 f.

steuerung", mithin zur "objektiven Methode" ¹⁰⁶⁾.

Diese geht vom Blickwinkel des empfangenden Aktionärs aus.

Entscheidend ist demnach, ob ein Aktionär von seiner Aktiengesellschaft eine Leistung erhält, "die unter denselben Umständen einer der Gesellschaft fernstehenden Person nicht oder nicht im gleichen Umfang gewährt worden wäre." ¹⁰⁷⁾

2.2. Abkehr von der "Soll-Besteuerung" mit dem Fall Bellatrix ¹⁰⁸⁾

Im Fall Bellatrix hat das Bundesgericht die "Soll-Besteuerung" nun endgültig als gesetzwidrig abgelehnt. Es verlangt seither eine Betrachtungsweise, die ausschliesslich vom Leistungsempfänger ausgeht ¹⁰⁹⁾ und damit rein objektiv ausgestaltet ist. ¹¹⁰⁾

Eine verdeckte Gewinnausschüttung liegt demnach vor, wenn "...ein Aktionär von seiner Aktiengesellschaft eine geldwerte Leistung, die einem aussenstehenden Dritten nicht erbracht worden wäre, ..." ¹¹¹⁾ erhält.

¹⁰⁶⁾ Stockar, in ASA 53, 178 f.

¹⁰⁷⁾ ASA 43, 240 f.

¹⁰⁸⁾ BGE 107 I b 325 ff = ASA 51, 546 ff = Pra 71, 1982, Nr. 130 = StR 38, 1983, S. 287 ff.

Erläuternde Ausführungen zu diesem Grundsatzentscheid, siehe: Stockar, in ASA 53, 177 ff; Koller, in Recht 1984 Heft 1 S. 22 ff; Reymond, in SAG 55, 1983, S. 14 ff.

¹⁰⁹⁾ ASA 51, 549 E 3 b.

¹¹⁰⁾ Damit entsprechen die Ausführungen von Vuillemin zum Begriff des steuerbaren Ertrages im Verrechnungssteuerrecht nicht mehr der heute gültigen Praxis: ST 5/81 S. 20.

¹¹¹⁾ StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5 E 4 b.
Ebenso in: StE 1984 B 24.4 Nr. 3 = ASA 53, 54 ff; ASA 53, 87.

Ob dem Aktionär tatsächlich eine solche Leistung zukommt, lässt sich nur anhand des Drittvergleichs klären: "..., la valeur économique réelle d'un bien se mesure au prix que des tiers, sur un marché libre et ouvert, seraient disposés à payer pour en faire l'acquisition. ... Peu importe que ce loyer ne lui permette pas de réaliser de bénéfice, ni même de couvrir ses frais d'exploitation." 112)

Weiter führt das Bundesgericht in diesem Zusammenhang aus: "Or l'administration fiscale doit prouver que la société aurait obtenu des conditions plus avantageuses en louant ses immeubles à des tiers et non à ses actionnaires. ... La société garde néanmoins la faculté de prouver que les conditions du marché, exceptionnellement, ne lui permettaient pas ou plus de donner son immeuble à bail à un prix égal à la valeur locative." 113)

Demnach ist die Frage, ob sich eine Aktiengesellschaft selbst zugunsten ihrer Aktionäre Opfer auferlegt, vollständig bedeutungslos geworden. 114)

Diese bundesgerichtlichen Ausführungen erhellen zweierlei. Zum einen zeigen sie auf, dass der Grosse Schritt der Praxisänderung in der endgültigen Durchsetzung des Prinzips liegt, dass nur eine effektiv erzielte, nie aber eine bloss erzielbare Grösse Gegenstand der Besteuerung sein kann. Zudem wird aufgezeigt, dass es im Rahmen der verdeckten Gewinnausschüttung um die geschäftsmässige Begründetheit von Leistungen geht, was letztendlich wieder ein zivilrechtliches Problem darstellt. 115)

112) ASA 51, 550 f.

113) ASA 51, 551 f.

114) ASA 51, 550.

115) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, 1, 3: Verdeckte Gewinnausschüttung als zivilrechtswidriger Vorgang.

3. Dealing at arm's length

Indem das Bundesgericht zur Ermittlung geldwerter Leistungen und damit auch verdeckter Gewinnausschüttungen nur noch den objektiven Drittvergleich als Beurteilungsmassstab zulässt, hat es erkannt, dass der im internationalen Rechtsverkehr gängige Grundsatz des "dealing at arm's length" auch in den schweizerischen Steuergesetzen enthalten ist. 116)

Dieser Grundsatz des "dealing at arm's length" besagt ja gerade, dass Rechtsverhältnisse zwischen Gesellschaft und Aktionär steuerlich nur dann akzeptabel sind, wenn sie einem objektiven Dritt- oder Marktvergleich standhalten, mit anderen Worten, wenn sie zu Konditionen geschlossen wurden, wie sie es auch mit unabhängigen Dritten gemacht worden wären. 117), 118)

116) Reich, in ASA 54, 618; StE 1985 B 72.13.22 Nr. 4 a; Dem Grundsatz des "dealing at arm's length" kommt dabei nicht die steuerbegründende Bedeutung zu. Diese liegt allein im Missverhältnis zugunsten des Aktionärs, das sich nur aus der Mitgliedschaft erklären lässt. Die Bedeutung des Grundsatzes des "dealing at arm's length" liegt aber darin, dass anhand von ihm der Umfang der geldwerten Leistung bemessen werden kann. Insofern ist er auch gesetzlich verankert. StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5 a.

117) Als Bsp. siehe etwa den Partnerwerkentscheid: StE 1986 B 72.22 Nr. 5.

118) Zum Grundsatz des "dealing at arm's length" im internationalen Verhältnis: Art. 9 des OECD-Musterabkommens zur Vermeidung der Doppelbesteuerung des Einkommens und des Vermögens; Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 zu Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmen; Widmer, in ST 12/1979 S. 2 ff; Widmer, in ASA 43, 481 ff; Kögler/Haring, in StR 38, 1983, S. 498 ff; Häberli, in ASA 41, 209; Höhn, INStR S. 382 ff.

4. Problematik der neuen bundesgerichtlichen Optik

Das Bundesgericht geht bei der Aufdeckung einer geldwerten Leistung seit seiner Praxisänderung im Fall Bellatrix einzig vom Bereich des Empfängers aus.

"Als Ertrag der Gesellschaft steuerbar ist damit nicht bloss ein auch buchlich ausgewiesener (an den Aktionär ausgeschütteter) Gewinn, sondern der objektive Wert jeder unentgeltlichen Zuwendung, die der Aktionär Kraft seiner Beteiligung an der Gesellschaft erhält, unbekümmert darum, in welchem Ausmass die Gesellschaft sich im Interesse des Aktionärs (in bewusster Begünstigungsabsicht ¹¹⁹⁾) Opfer auferlegt." ¹²⁰⁾

Wenn aus diesen Ueberlegungen geschlossen werden soll, dass eine geldwerte Leistung beim Aktionär selbst ohne Entreicherung der leistenden Gesellschaft vorliegen könne, so kann ihnen nicht gefolgt werden. ¹²¹⁾ Vielmehr ist in diesem Zusammenhang zu bedenken, dass wir uns im Bereich der Kapitalentnahmen bewegen und somit Uebertragungen von Geldwerten von einem Rechtssubjekt auf ein anderes betrachten. Im übrigen geht es darum, beim Empfänger Einkommen zu erfassen, mit anderen Worten, den Zufluss von Vermögenswerten in seine Wirtschaft. Dieses Einkommen stammt aber von der Gesellschaft. Bei ihr muss demnach ein Vermögensabgang stattfinden, der dem Zugang beim Empfänger entspricht. Nur beim Vorliegen dieser

119) Zur Kritik am subjektiven Element siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.2.2.

120) StE 1986 B 72.13.22 Nr. 5.
Ebenso in: StE 1984 B 24.4 Nr. 3; ASA 51, 550.

121) gl.M.: Reich, in ASA 54, 619: "Wesentlich für die verdeckte Vorteilszuwendung an Beteiligte ist die wirtschaftliche Entreicherung der leistenden Gesellschaft."
Ebenso: Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 332; Prym S. 45; Ulrich S. 66 f.

Korrelation liegt ein effektiver Vermögensübergang von der Gesellschaft auf den Aktionär vor, der unter einem Prinzip der "Ist-Besteuerung" erfasst werden kann.¹²²⁾

5. Auswirkungen der bundesgerichtlichen Praxisänderung

5.1. Auswirkungen auf die Besteuerung der Mieter-Aktiengesellschaften

5.1.1. Allgemeine Auswirkungen

Das Bundesgericht hat im Fall Bellatrix unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass für Immobiliengesellschaften eine Besteuerungspraxis, welche generell von einer minimalen Rendite des Eigenkapitals ausgeht, mit der geltenden Rechtsordnung nicht in Einklang zu bringen ist.¹²³⁾

"Die gegenteilige Lösung würde ihr praktisch verwehren, den Aktionären Bedingungen zu bieten, die in Verträgen mit Dritten als üblich und normal zu betrachten waren".¹²⁴⁾

Damit kann nur noch eine individualisierte, dem Einzelfall in jeder Beziehung gerecht werdende Praxis als rechtsgenügend betrachtet werden. Schematische Vereinfachungen dürften der Vergangenheit angehören. Dies wird insbesondere für die Steuerbehörden Mehraufwand bedeuten. Tref-

¹²²⁾ Diesen Schluss zog das BGr noch vor dem Fall Bellatrix in ASA 51, 543: "..., dass diesen eine geldwerte (d.h. eine in Geld messbare) Leistung zugeflossen und der Reinertrag der Beschwerdegegnerin dadurch vermindert worden ist."

Diesen Schluss ziehen auch das VGr des Kt ZH und die RK I Kt ZH: "..., wenn eine juristische Person, sich entreichernd, ihren Gesellschaftern oder ihr sonst nahestehenden Personen, diese bereichernd, bewusst geldwerte Vorteile zuwendet, die sie unbeteiligten Dritten nicht einräumen würde." = StE 1985 B. 24.4 Nr. 4; VGr Kt ZH: RB 1978 Nr. 31.

¹²³⁾ Alte Praxis in: ASA 45, 590 ff; ASA 45, 417 ff; ASA 30, 473 ff; BGE 102 I b 166 ff.

¹²⁴⁾ Pra 71, 1982, Nr. 130 E 3 in fine = ASA 51, 551.

fend führt hiezu Stockar aus: "Der Steuerbeamte wird dabei vor allem die Mahnung beherzigen müssen, rechnerische Formeln und Renditezahlen nicht als starre Schemata, sondern als Hilfsmittel zu verwenden." 125)

5.1.2. Auswirkungen auf die Besteuerung von Immobiliengesellschaften mit Luxusobjekten

Mit dem Problem der Besteuerung von Immobiliengesellschaften mit Luxusobjekten ist die Frage angeschnitten, welchen steuerlichen Einfluss die Tatsache hat, dass ein Aktionär seine Gesellschaft einer nicht rentablen Tätigkeit zuführt.

Stockar bemerkt hiezu: "Wenn dagegen die Gesellschaft nachweisen könne, dass der Mietzins nicht untersetzt sei und anderseits unrentable "Mehr-Investitionen" aus einer Fehl kalkulation heraus (d.h. nicht im Interesse des Aktionärs) erfolgten, so bestehe keine Möglichkeit für die Besteuerung einer geldwerten Leistung." 126)

Nur dann also, wenn Luxusinvestitionen, die die Gesellschaft anschliessend an der Erzielung eines Gewinnes hinderten, nicht im Interesse des Aktionärs erfolgt seien, könne demnach eine Besteuerung als geldwerte Leistung unterbleiben. 127)

125) Stockar, in ASA 53, 187; Etwas erstaunt ist man jedoch, wenn man auf S. 185 liest: "Bestimmt aber wird die EStV weiterhin darauf tendieren, dass die Mieter-Aktiengesellschaften einen angemessenen Gewinn erzielen sollten, ...". Gerade diese Betrachtungsweise wurde doch vom BGr abgelehnt.

126) Stockar, in ASA 53, 181; Er stützt seine Ausführungen auf einen nicht publizierten BGE zur VSt vom 19. März 1981.

127) gl.M.: VGr Kt ZH, in ZBl 79, 1978, S. 264 ff = RB 1977 Nr. 54; Zuppinger/ Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 105 zu § 45.

Diese Ansicht dürfte jedoch im Widerspruch zu den bundesgerichtlichen Erwägungen im Fall Bellatrix stehen, wo ausgeführt wird: "Der Aktionär, der eine Unternehmung finanziert und sie, um mehr aus ihr zu ziehen, einer nicht rentablen Tätigkeit zuführt, entgeht also der Verrechnungssteuer ¹²⁸⁾, sofern er die Gesellschaft nicht veranlasst, ihm geldwerte Leistungen i.S. von VStV 20 I und WStB 21 I c zu erbringen. ...und die Tatsache, dass eine AG ihre Mittel in Liegenschaften investiert, die den Bedürfnissen des Marktes nicht entsprechen, begründet die Verrechnungssteuerpflicht auch dann noch nicht, wenn die Gesellschaft im Interesse der Aktionäre handelt." ¹²⁹⁾

In diesem Sinne ¹³⁰⁾ ist es auch richtig, wenn das Bundesgericht ausführt, dass sich eine geldwerte Leistung " ...nicht nach dem Ausmass der Opfer, welche die Gesellschaft im Interesse der Aktionäre sich auferlegt oder auf sich zu nehmen hat, ..." bemisst. ¹³¹⁾

Eine Aktiengesellschaft kann demnach aus steuerlicher Sicht nicht verpflichtet werden, eine gewinnbringende Tätigkeit

¹²⁸⁾ Und damit entgeht er auch der Einkommenssteuer, hält das BGr doch konsequent an seiner Theorie fest, dass sich das Steuerobjekt des Aktienertrages im Bereich der direkten Steuern sowie dem der Verrechnungssteuer decke: "Daher besteht kein Grund, das Objekt der Verrechnungssteuer auf dem Wege der Auslegung auf Elemente auszudehnen, die weder nach der kant. Gesetzgebung noch nach dem WStB steuerbar sind." = Pra 71, 1982, Nr. 130 E 3 = ASA 51, 549.
Ebenso in: ASA 53, 283; ASA 51, 542.
gl.M.: Känzig 2.A N 100 zu Art. 21.
a.M.: Pfund Bd I N 39 zu VStG Einleitung.

¹²⁹⁾ Pra 71, 1982, Nr. 130 E 3.
Alte noch anders lautende Praxis in: ASA 45, 594; ASA 45, 421; ASA 30, 478; BGE 102 I b 169.

¹³⁰⁾ Nicht aber im oben beschriebenen Sinne, dass eine geldwerte Leistung auch ohne Entreichung der leistenden Gesellschaft vorliegen könne: siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 4.

¹³¹⁾ Pra 71, 1982, Nr. 130 E 3 = ASA 51, 550.

auszuüben. ¹³²⁾ Sie hat einzig darauf zu achten, dass sie für Leistungen, die sie ihren Aktionären erbringt, zu Marktbedingungen entschädigt wird. ¹³³⁾

5.2. Auswirkungen auf die Zinssätze für die Berechnung geldwerter Leistungen

5.2.1. Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung

Die Hauptabteilung Stempelabgaben und Verrechnungssteuer der Eidgenössischen Steuerverwaltung hat am 28. Dezember 1982 ein Merkblatt betreffend Zinssätze auf Vorschüssen in Schweizerfranken für die Berechnung der geldwerten Leistungen herausgegeben.

Dabei werden streng schematische Mindestzinssätze für Vorschüsse an Beteiligte, sowie Maximalzinssätze für Vorschüsse von Beteiligten statuiert. Die ersteren werden relativiert, wenn es sich um aus Fremdkapital finanzierte Vorschüsse handelt (Selbstkosten + 1/4 - 1/2 %, mindestens aber 5 %). Letztere werden relativiert, soweit Holding- und Vermögensverwaltungsgesellschaften Betriebskredite von Beteiligten erhalten. Dann soll der höchst zulässige Zinssatz nämlich der Durchschnittsrendite der Anlagen abzüglich 1/4 - 1/2 % entsprechen.

Diese zur Verrechnungssteuer entwickelten Grundsätze finden regelmässig auch auf Fälle zur direkten Bundessteuer Anwendung ¹³⁴⁾ und auf solche zu kantonalen Staatssteuern ¹³⁵⁾.

¹³²⁾ Dies ändert nichts an der grundsätzlichen Gewinnstrebigkeit der AG und ihrer Abgrenzung zur Genossenschaft als Selbsthilfegemeinschaft.

¹³³⁾ Reymond, in SAC 55, 1983, S. 17.

¹³⁴⁾ Masshardt N 27 zu Art. 49.

¹³⁵⁾ Zuppinger/Schärren/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 90 + 93 zu § 45.

5.2.2. Notwendige Korrekturen

5.2.2.1. Korrektur der gewinnabhängiger Zinssätze

Indem die Eidgenössische Steuerverwaltung bei aus Fremdkapital finanzierten Vorschüssen an Beteiligte einen Mindestzinssatz von $1/4 - 1/2 \%$ über den Selbstkosten, mindestens aber von 5% statuiert und bei Betriebskrediten von Beteiligten an Holding- und Verwaltungsgesellschaften einen Maximalzinssatz von 7% , höchstens aber $1/4 - 1/2 \%$ unter der Durchschnittsrendite der Anlage, verpflichtet sie die Aktiengesellschaft aus steuerlicher Sicht zu einem "Soll-Gewinn".¹³⁶⁾ Eine bloss hypothetisch erzielbare Grösse wird besteuert ohne dass ein Umgehungstatbestand erfüllt wäre, oder dass die zwischen Gesellschaft und Aktionär vereinbarten Zinssätze von den marktüblichen abweichen würden.

Damit steht der Inhalt des Merkblattes im klaren Gegensatz zur bundesgerichtlichen Praxis der "Ist-Besteuerung", wie sie sich aus dem gesetzlichen Beteiligungsertrags- und Reinertragstatbestand ergibt.¹³⁷⁾

Dies hat das Bundesgericht in einem neueren Entscheid denn auch erkannt.¹³⁸⁾ Zinszahlungen, die sich umfangsmässig im Rahmen des geschäftsmässig Vernünftigen halten, können demnach nicht allein deswegen als geldwerte Leistungen besteuert werden, weil die zahlende Holdinggesellschaft keinen Gewinn realisiert. Vielmehr müsste auch hier nachgewiesen werden, dass einem unabhängigen Dritten gleiche Konditionen nicht zugestanden worden wären. Ge-

136) Siehe ASA 45, 479 ff., wo eine AG ihrem Aktionär einen Zins von bloss 4% auf ein von diesem gewährtes Darlehen entrichtete. Trotzdem lag eine geldwerte Leistung vor.

137) gl.M.: Raymond, in SAG 55, 1983, S. 18.

138) ASA 53, 84 ff.

rade dieser Nachweis gelang der Eidgenössischen Steuer-
verwaltung im angeführten Entscheid aber nicht.

5.2.2.2. Korrektur der übrigen Zinssätze

Rufen wir uns den Kerngehalt der bundesgerichtlichen
Praxisänderung in Erinnerung, so stellen wir fest, dass das
gesamte Merkblatt diesem widerspricht.

Der neue tragende Gedanke liegt ja darin, das Vorliegen
einer geldwerten Leistung aus der Optik des Aktionärs zu
prüfen. Im Merkblatt wird aber ausschliesslich von der
Aktiengesellschaft ausgegangen. Dabei fehlt jeder Hinweis
auf einen Marktvergleich. Fixe Zinssätze werden zum abso-
luten Massstab, ohne Würdigung der konkreten Umstände.
Es wird eine bloss hypothetisch erzielbare Grösse vor eine
effektiv erzielte gestellt. Diese Praxis muss demnach als
rechtswidrig abgelehnt werden.

In Zukunft wird dem Merkblatt nur noch die Funktion eines
Hilfsmittels oder einer sogenannten "safe haven rule" zu-
kommen können. Dem Steuerpflichtigen muss der Nachweis
offen sein, dass auch Zinszahlungen, die in ihrer Höhe von
denjenigen im Merkblatt abweichen, unter den konkreten
Umständen geschäftsmässig begründet sind und einem
unabhängigen Dritten auch entrichtet würden. Gelingt
dieser Nachweis, so liegt keine geldwerte Leistung vor.

5.3. Auswirkungen auf die Praxis zur Besteuerung von Dienstleistungsgesellschaften

Dienstleistungsgesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit zur
Hauptsache auf die Interessen anderer Gruppengesellschaf-
ten ausrichten und dabei auf die Erzielung eines angemess-
enen Gewinnes verzichten, werden bis anhin nach den

Grundsätzen im Kreisschreiben der EStV vom 29. Juni 1959 besteuert. ¹³⁹⁾

Nach diesem besteht der steuerbare Reinertrag einer Dienstleistungsgesellschaft aus mindestens einem Zehntel der Selbstkosten oder mindestens einem Sechstel der Lohnsumme.

Das Bundesgericht hat diese Praxis geschützt. ¹⁴⁰⁾

Die Analyse dieser Kriterien zeigt aber, dass hier ausschliesslich von der Optik der leistenden Gesellschaft ausgegangen wird. Die Bestimmung des steuerbaren Reinertrages einerseits und der geldwerten Leistungen andererseits beruht auf der subjektiven Methode ¹⁴¹⁾, die den Empfänger der Leistung unberücksichtigt lässt. Besteuert wird damit eine bloss erzielbare Grösse, nicht eine effektiv erzielte.

Nach der Praxisänderung im Fall Bellatrix genügt dieses Vorgehen den gesetzlichen Anforderungen aber nicht mehr. Der richtige Ansatzpunkt muss neuerdings in der Frage nach der Höhe der Gegenleistung gesehen werden, die ein unabhängiger Dritter der Dienstleistungsgesellschaft erbringen würde. Dabei können als Hilfsmittel zur Bestimmung des Umfanges dieser hypothetischen Gegenleistung sehr wohl die im Kreisschreiben enthaltenen Kriterien herangezogen werden. Nur dienen sie dabei aber nicht als absolute Grösse zur direkten Bestimmung des Steuerobjektes, son-

¹³⁹⁾ Das Kreisschreiben spricht zwar nur von Dienstleistungsgesellschaften, die ihre Geschäftstätigkeit zur Hauptsache im Ausland ausüben. Das BG hat aber entschieden, dass einer Anwendung des Kreisschreibens auf Dienstleistungsgesellschaften, die im Inland tätig sind, nichts im Wege stehe: ASA 48, 211 E 4.

¹⁴⁰⁾ ASA 48, 207 ff.

¹⁴¹⁾ Zur subjektiven Methode, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.1. und Stockar, in ASA 54, 179.

dern sie stellen nur ein Mittel dar, anhand dessen ein Marktwert für die erbrachten Dienstleistungen errechnet werden kann. Zudem muss der Nachweis, dass der so errechnete Reinertrag nicht den konkreten Gegebenheiten entspricht, immer offen bleiben.¹⁴²⁾

VII. Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen mittels nachträglicher Korrektur

1. Problematik

Gelegentlich entsteht das Bedürfnis, verdeckte Gewinnausschüttungen wieder rückgängig zu machen. Aus steuerrechtlicher Sicht stellt sich dabei die Frage, ob dies steuerwirksam mittels Erstellung korrigierter Geschäftsbücher möglich sei.

¹⁴²⁾ Etwas zurückhaltender, jedoch in die gleiche Richtung tendierend: Reymond, in SAG 55, 1983, S. 18: "L'arrêt Bellatrix ne devrait donc avoir, pour ces sociétés, qu'une portée très limitée". Trotzdem will er aber ein Abgehen von der starren Regelung beim Vorliegen ganz aussergewöhnlich Umstände zulassen.
a.M.: Stockar, in ASA 53, 186 f; Er sieht insbesondere gewichtige Differenzen zwischen der Besteuerung einer Dienstleistungsgesellschaft und einer Holdinggesellschaft (siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, V, 5.2.), weil letztere über stille Reserven verfüge, die eines Tages zur Besteuerung kömen. "Eine Dienstleistungsgesellschaft dagegen kann nicht einwenden, sie verfüge über erhebliche stille Reserven und werde dank dieser Reserven schon einmal in die Gewinnzone kommen." = ASA 53, 187. Entsprechend sieht Stockar triftige Gründe für die Weiterführung der bisherigen, schematischen Praxis zu den Dienstleistungsgesellschaften.

2. Herrschende Praxis und Doktrin

2.1. Vorliegen eines Bilanzberichtigungsgrundes

Ein Bilanzberichtigungsgrund liegt vor, wenn die von der Generalversammlung genehmigten Geschäftsbücher im Widerspruch zu den zwingenden handelsrechtlichen Buchführungsvorschriften stehen.¹⁴³⁾

Die einhellige Meinung geht dahin, solche Bilanzberichtigungen, mithin die Ersetzung handelsrechtswidriger durch handelsrechtskonforme Bücher, im Steuerveranlagungsverfahren grundsätzlich bis zum Vorliegen eines rechtskräftigen Entscheides zu berücksichtigen.¹⁴⁴⁾

Bei den Steuerbehörden besteht jedoch grosse Zurückhaltung, von sich aus den Steuerpflichtigen auf einen Bilanzberichtigungsgrund aufmerksam zu machen.¹⁴⁵⁾ Diese Zurückhaltung ist verständlich, besteht doch die Aufgabe der Steuerbehörden nicht im Hüten der Zivilrechtsnormen.

Wird ein Bilanzberichtigungsgrund erst nach dem Eintreten der Rechtskraft einer Veranlagung bemerkt, so hängt seine Berücksichtigung davon ab, ob er eine neue Tatsache im Sinne des Revisions- oder Nachsteuerverfahrens darstellt.¹⁴⁶⁾

¹⁴³⁾ Cagianut/Höhn § 4 N 67; Blumer/Graf S. 417 ff; Studer S. 99; Känzig 1.A N 32 zu Art. 49; Känzig Ergbd 2.A N 32 zu Art. 49.

¹⁴⁴⁾ Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 437 zu § 19 lit b; Känzig 1.A N 32 zu Art. 49; Känzig Ergbd 2.A N 32 zu Art. 49; Cagianut/Höhn § 4 N 67; Studer S. 99.
RB 1959 Nr. 31.

¹⁴⁵⁾ Känzig 1.A N 32 zu Art. 49.

¹⁴⁶⁾ Reimann/Zuppinger/Schärner Bd II N 438 zu § 19 lit b; Studer S. 98; Cagianut/Höhn § 4 N 69.

2.2. Vornahme einer Bilanzänderung

Bilanzänderungen erfolgen, indem handelsrechtskonforme Bücher durch andere, ebenfalls handelsrechtskonforme ersetzt werden.

Die herrschende Lehre und Praxis betrachtet solche Aenderungen, soweit sie von einer ausserordentlichen Generalversammlung rechtmässig beschlossen werden und vor Einreichung der Steuererklärung erfolgen, als unbeschränkt zulässig. ¹⁴⁷⁾

Keine einhellige Meinung besteht jedoch darüber, ob die Steuerbehörden solche Bilanzänderungen auch nach der Einreichung der Steuererklärung entgegnzunehmen und zu berücksichtigen haben.

Es wird geltend gemacht, die Steuererklärung stelle eine vorbehaltlose Willens- und Wissenserklärung dar, die den Steuerpflichtigen binde. "Es besteht für den Steuerpflichtigen ein Bilanzänderungsverbot, das von der Abgabe der Steuererklärung an gilt und ihn im Rahmen von Treu und Glauben an die gewählten Bilanzansätze bindet." ¹⁴⁸⁾ Nur dann also, wenn das Festhalten der Behörde an den ersten Bilanzansätzen gegen Treu und Glauben verstosse, sei eine nachträgliche Aenderung zulässig. ¹⁴⁹⁾ Als treuwidrig gilt das Festhalten insbesondere dann, wenn sich der Steuerpflichtige in einem entschuldbaren Irrtum über die steuerlichen Folgen seines Vorgehens befand. Mit Treu und Glauben vereinbar soll aber die Verweigerung der Berück-

¹⁴⁷⁾ Cagianut/Höhn § 4 N 68.

¹⁴⁸⁾ Cagianut/Höhn § 4 N 68 (Im Original fettgedruckte Stelle wurde unterstrichen).

¹⁴⁹⁾ Känzig 1.A N 33 zu Art. 49; Känzig Ergbd 2.A N 33 zu Art. 49; Ulrich S. 163; Prym S. 93; Cagianut, in ASA 37, 145.

sichtigung einer Bilanzänderung immer dann sein, wenn sie einzig der Steuerersparnis dient.¹⁵⁰⁾

Ebenso wird jedoch die Ansicht vertreten, Bilanzänderungen seien durch die Steuerbehörde generell bis zum Eintreten der Rechtskraft einer Veranlagung entgegenszunehmen und zu berücksichtigen.¹⁵¹⁾ "Denn vor Eintritt der Rechtskraft einer Veranlagung kann eine eingereichte Bilanz durch eine neue Bilanz ersetzt werden, sofern die Änderungen handelsrechtlich zulässig und nachträglich auch verbucht worden sind."¹⁵²⁾ Auch diese Ansicht stützt sich auf Treu und Glauben. Nur wird hier aus dem allgemeinen Rechtsgrundsatz geschlossen, dass die Behörde generell treuwidrig handle, wenn sie im Rahmen eines noch nicht abgeschlossenen Veranlagungsverfahrens handelsrechtskonform zustandegekommene Bilanzänderungen nicht berücksichtige.¹⁵³⁾

Einigkeit besteht demgegenüber insofern, als dass mittels Korrekturen in einem bestimmten Rechnungsjahr niemals dsaverdeckte Gewinnausschüttungen aus Vorjahren rückgängig gemacht werden können. Die Korrekturen können sich vielmehr immer nur auf das Rechnungsjahr auswirken, in welchem sie verbucht werden.¹⁵⁴⁾

150) Känzig 1.A N 33 zu Art. 49; Cagianut, in ASA 37, 145 FN 20.
RB 1959 Nr. 31.

151) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 437 zu § 19 lit b;
Zuppinger/Schärrer/ Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 437 zu § 19 lit b;
Schärrer S. 60; Bosshardt S. 236.

152) RK I Kt ZH: StE 1985 B 24.4 Nr. 4.

153) Für die Praxis der EStV betreffend Storni und Nachtragsbuchungen bei der Verrechnungssteuer sei auf die Ausführungen von Stockar S. 124 f verwiesen.

154) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd II N 436 zu § 19 lit b; Känzig Ergbd 2.A N 33 zu Art. 49.
BGr: ASA 28, 540 ff; ASA 44, 384 ff; ASA 52, 569 ff.
RK I Kt ZH: StE 1985 B 24.4 Nr. 4.

Ebenso besteht darüber Einigkeit, dass Bilanzänderungen immer eines handelsrechtskonformen Generalversammlungsbeschlusses bedürfen.¹⁵⁵⁾

3. Würdigung

3.1. Allgemeines

Zur Würdigung der herrschenden Praxis muss kurz auf das gegenseitige Verhältnis von Sachverhalt, Buchführung und Steuerrecht eingegangen werden.

Sachverhalt und Buchführung hängen insofern zusammen, als dass die geltenden Buchführungsvorschriften eine Aktiengesellschaft verpflichten, in ihren Büchern alle effektiv vorgefallenen Geschäftsabläufe festzuhalten. Für die Buchführung entscheidend ist demnach, was sich tatsächlich ereignet hat und ihr Ziel muss in der "Entsprechung von 'Bild und Sein'"¹⁵⁶⁾ liegen.

Das Unternehmenssteuerrecht wiederum baut auf diesen Büchern, die ein Bild des effektiv Vorgefallenen wiedergeben, auf.¹⁵⁷⁾ Ergänzend bestimmt es, welche der festgehaltenen Vorgänge oder Zustände als Steuerobjekte zu erfassen sind¹⁵⁸⁾ und welche Rechtsfolgen daran zu knüpfen sind. Mit der eigentlichen Sachverhaltsverwirklichung hat das Steuerrecht aber nichts zu tun. Diese ist allein das Resultat der Aktivitäten des Steuerpflichtigen selbst.

155) Känzig 1.A N 33 zu Art. 49; Bosshardt S. 236; Schärner S. 60.

156) Käfer BE Ko, BE 1981, N 263 zu OR 959.

157) Cagianut/Höhn § 4 N 26 ff; Reich S. 41 ff.

158) Blumenstein, in ZSR NF 52, 1933, S. 154 a.

Das Steuerrecht kann demnach nicht beeinflussen, ob ein steuerrechtlicher Tatbestand erfüllt wird oder nicht, es kann dies nur positiv oder negativ feststellen.¹⁵⁹⁾

3.2. Folgerungen

Nach dem oben Gesagten, kann die Frage nach der Zulässigkeit von Bilanzkorrekturen zur Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen aus steuerrechtlicher Sicht nicht bloss anhand veranlagungstechnischer Kriterien und Treu und Glauben entschieden werden.

Entscheidend ist vielmehr, ob ein bestimmter steuerrelevanter Sachverhalt eingetreten ist oder nicht. Ist er aber eingetreten und hat er einen Steueranspruch entstehen lassen, so kann dieser nicht mittels eines nachträglichen Beschlusses wieder aufgehoben werden.

Platz für eine Bilanzänderung bleibt demnach nur da, wo der Steuertatbestand noch nicht erfüllt ist. Ein erst nach diesem Zeitpunkt erfolgter Aenderungsbeschluss ist demgegenüber steuerlich neu zu würdigen und dürfte wohl meistens den Tatbestand der Kapitaleinlage erfüllen und statt Steuerfolgen zu beheben, zusätzlich neue Steuerfolgen auslösen.

Hängt die Erfüllung eines Steuertatbestandes im übrigen einzig vom Willen der Gesellschaft ab, so muss ein Zeitpunkt festgelegt werden, ab welchem sie selbst an ihre Entscheide gebunden ist. Dieser Zeitpunkt muss dann als überschritten

¹⁵⁹⁾ Hieran ändert auch die Erkenntnis der neueren Lehre nichts, dass dem Steuerrecht bei der Uebernahme zivilrechtlicher Begriffe eine gewisse Autonomie in bezug auf den Sinn dieser Begriffe zukommt (Locher S. 152 ff, insbesondere S. 177 ff).

Diese Autonomie bezieht sich wiederum nur auf die Umschreibung des gesetzlichen Steuerobjektes. Der effektiv vorliegende Sachverhalt bleibt davon unberührt: "Damit wird aber an der wirtschaftlichen Beschaffenheit der in Frage kommenden Tatbestände organisch nichts geändert" (=Blumenstein, in ZSR NF 52, 1933, S. 155a).

gelten, wenn die Gesellschaft ihre Bücher Dritten gegenüber zeigt.¹⁶⁰⁾ Zu diesen Dritten gehören die Steuerbehörden, aber auch die Öffentlichkeit ganz generell, etwa im Rahmen einer öffentlichen Publikation der Bücher. Indem die Gesellschaft Aussenstehenden Einblick gewährt, gibt sie ihre internen Entscheide bekannt und bringt damit zum Ausdruck, dass sie hierauf behaftet sein will.

4. Steuerklauseln als besondere Form der Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen

4.1. Begriff

Unter Steuerklauseln versteht man Parteiabsprachen, die den Bestand eines Vertrages ganz oder teilweise vom Eintreffen oder Ausbleiben bestimmter Steuerfolgen abhängig machen.¹⁶¹⁾

Innerhalb der Problematik der Rückgängigmachung verdeckter Gewinnausschüttungen kommt den Steuerklauseln insofern eine Sonderstellung zu, als dass es sich bei Ihnen um ursprüngliche Vereinbarungen zur Rückgängigmachung handelt und nicht um nachträgliche Aktionen, die erst ergriffen werden, nachdem die Steuerbehörde auf eine verdeckte Gewinnausschüttung erkannt hat.¹⁶²⁾

¹⁶⁰⁾ Cagianut, in ASA 37, 145: "Der Steuerpflichtige hat im Hinblick auf die Verbindlichkeit der eingereichten Bilanz die Wahl der Bilanzansätze vor Eingabe der Steuererklärung zu treffen".

¹⁶¹⁾ Prym S. 78 f; Ulrich S. 150.

¹⁶²⁾ Siehe Einspracheentscheid der EStV vom 9. Juli 1976, wo das Vorliegen einer Steuerklausel geprüft, jedoch mangels Beweisen verneint wurde: ASA 47, 531 ff.

4.2. Rechtliche Qualifikation von Steuerklauseln

Die Qualifikation einer Steuerklausel hängt von ihrer konkreten Formulierung ab.

Macht sie ein ungewisses zukünftiges Ereignis zu ihrem Inhalt, etwa die Unsicherheit, ob eine verdeckte Gewinnausschüttung von der Steuerbehörde aufgedeckt werden wird, so stellt sie eine Bedingung dar.¹⁶³⁾ Als solche kann sie suspensiv¹⁶⁴⁾ oder resolutiv¹⁶⁵⁾ wirkend ausgestaltet sein. Ist letzteres der Fall, so können die Wirkungen ex nunc oder ex tunc eintreten.

Hängt die Wirkung der Steuerklausel jedoch von der Beantwortung der Frage ab, ob überhaupt eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliege, so stellt sie keine Bedingung dar, denn es fehlt am zukünftigen, objektiv-ungewissen Ereignis. Vielmehr ist diese Frage objektiv beantwortbar und es handelt sich gerade um eine objektiv feststehende Tatsache. Eine solche Klausel kann aber, wenn schon nicht als Bedingung, so doch als Voraussetzung für das Zustandekommen des Vertrages überhaupt gemeint sein, mit den Konsequenzen, die denjenigen einer Bedingung mit Wirkung ex tunc vergleichbar sind.^{166), 167)}

163) OR 151 ff; von Tuhr/Escher S. 254 ff; Keller/Schöbi S. 86 ff.

164) OR 151.

165) OR 154.

166) von Tuhr/Escher S. 258 f.

167) Siehe Ulrich S. 152 f, der unter Verweisung auf Tipke generell der Meinung ist, Steuerklauseln stellten immer "Uneigentlich bedingte Rechtsgeschäfte ... aber keine echte(n) Bedingungen ..." dar. Dieser Ansicht kann aber nicht gefolgt werden; ebenso: Prym S. 78 f FN 3.

4.3. Wirkungen der einzelnen Arten von Steuerklauseln

4.3.1. Steuerklausel als Voraussetzung für das Zustandekommen eines Vertrages

Die hier diskutierte Form einer Steuerklausel entzieht einem Rechtsgeschäft alle Wirkungen, sobald sie erfüllt wird. Dies ist zivilrechtlich zulässig und muss demnach auch vom Steuerrecht akzeptiert werden. Fehlt es aber an jeglichen rechtlichen Wirkungen, so können auch keine Steuertatbestände erfüllt sein. Die in Frage kommenden steuerrelevanten Vorgänge sind von Anfang an unwirksam. Eine verdeckte Gewinnausschüttung hat damit gar nie stattgefunden. ¹⁶⁸⁾

4.3.2. Steuerklausel als Resolutivbedingung mit Wirkung ex nunc ¹⁶⁹⁾

Ist eine Steuerklausel als Resolutivbedingung mit Wirkung ex nunc formuliert, so entzieht sie einem Rechtsgeschäft seine Wirkungen, sobald die unerwünschten Steuerfolgen eintreffen. Dies gilt jedoch nur für die Zukunft und ist ohne Einfluss auf die bereits verwirklichten Rechtsfolgen.

Dieses Vorgehen stellt den Versuch der nachträglichen Korrektur eines bereits verwirklichten Sachverhaltes dar. Ein Rechtsgeschäft ist zustandegekommen und hat seine Wirkungen entfaltet. Diesen Zustand zu korrigieren ist aus steuerlicher Sicht grundsätzlich nicht möglich. ¹⁷⁰⁾

¹⁶⁸⁾ Ebenso: Ulrich S. 157.

¹⁶⁹⁾ Prym S. 85 f; Ulrich S. 155 ff.

¹⁷⁰⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VII, 3.

4.3.3. Steuerklausel als Resolutivbedingung mit Wirkung ex tunc ¹⁷¹⁾

Wird einer Resolutivbedingung kraft ausdrücklichem Parteiwillen Wirkung ex tunc zugesprochen, so wird zum Ausdruck gebracht, dass mit Eintritt der Bedingung der Zustand vor Eingehung des Rechtsgeschäftes wieder hergestellt werden soll. Rückwirkend sollen demnach alle Wirkungen des bislang gültigen Rechtsgeschäftes beseitigt werden, so wie wenn sie gar nie eingetreten wären. ¹⁷²⁾

Dieser zivilrechtlichen Rechtsfolge hat sich auch das Steuerrecht anzuschliessen. Die rückwirkende Kraft beseitigt demnach nicht nur alle zivilrechtlichen Wirkungen, sie verhindert auch das Erfüllen der Steuertatbestände. ¹⁷³⁾, ¹⁷⁴⁾

4.3.4. Steuerklausel als Suspensivbedingung ¹⁷⁵⁾

Im Rahmen der verdeckten Gewinnausschüttungen lässt eine Steuerklausel als Suspensivbedingung ein Rechtsgeschäft erst dann seine Wirkungen entfalten, wenn die unliebsamen Steuerfolgen ausgeblieben sind. Eine Leistung soll dem Aktionär somit nur zukommen, wenn sie steuerlich nicht als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst wird.

¹⁷¹⁾ Prym S. 86.

¹⁷²⁾ Die Resolutivbedingung kann sich auch bloss auf gewisse Elemente eines Rechtsgeschäftes beziehen.

¹⁷³⁾ Bei bereits erfolgter rechtskräftiger Einschätzung dürfte die Erfüllung einer Resolutivbedingung mit Wirkung ex tunc wohl einen Revisionsgrund darstellen.

¹⁷⁴⁾ Siehe hiezu auch den BGE vom 9. Juli 1976, ASA 47, 531 ff: Die Steuerpflichtige machte eine Steuerklausel im Sinne einer Resolutivbedingung mit Wirkung ex tunc geltend. Das BGr lehnte den Einwand jedoch mangels Beweisen ab.

¹⁷⁵⁾ Prym S. 84 f; Ulrich S. 158 f.

Die Statuierung einer solchen Suspensivbedingung bewirkt, dass die Steuerbehörde keinen Anlass zur Erfassung des Vorganges hat, solange die Bedingung nicht eingetreten ist, denn es fehlt gerade am Realisationstatbestand. Die Steuerbehörde kann nur mittels Bildung einer Rückstellung für die zu erwartende zukünftige Leistung zu einem Entscheid provoziert werden. Dann hat sie zu bekennen, ob sie der Rückstellung und damit auch der zukünftigen Leistung die Geschäftsmässigkeit anerkennt oder ob sie beabsichtigt, einen Teil der Leistung als verdeckte Gewinnausschüttung zu erfassen.

Je nach Entscheid, ist die Bedingung eingetreten oder eben nicht. Ist sie es, so kann das Rechtsgeschäft seine Wirkungen entfalten und die entsprechenden Steuerfolgen werden ausgelöst. Wird die Bedingung nicht erfüllt, das heisst, schliesst die Steuerbehörde auf eine verdeckte Gewinnausschüttung, so treten die Wirkungen des Rechtsgeschäftes aber gar nie ein und es erfüllt sich auch kein Steuertatbestand. Eine Besteuerung hat von vornherein zu unterbleiben.

VIII. Das Problem des "corresponding" und des "secondary adjustment"

1. Corresponding adjustment

1.1. Problemaktik ¹⁷⁶⁾

Erkennt eine Steuerbehörde bei einer leistenden Gesellschaft auf eine verdeckte Gewinnausschüttung, so fragt es sich, welchen Einfluss dieser Entscheid auf die Besteuerung der die Leistung empfangenden Person ausübt. ¹⁷⁷⁾

Von Interesse ist diese Frage insbesondere, wenn es sich bei der empfangenden Person um eine Kapitalgesellschaft handelt. Bei dieser stellt die Leistung ja ohne Aufdeckung als verdeckte Gewinnausschüttung ordentlich steuerbaren Geschäftsertrag dar. Erfolgt nun die Umqualifikation bei der leistenden Gesellschaft, so führt dies zu einer Doppelbesteuerung, falls nicht Korrekturvorschriften auf Seite der empfangenden Gesellschaft dies verhindern.

1.2. Begriff

Von einem "corresponding adjustment" spricht man, wenn im Zuge der Erfassung einer verdeckten Vorteilszuwendung ¹⁷⁸⁾ bei der leistenden Gesellschaft eine entsprechende Korrektur auch bei der empfangenden Gesellschaft vorgenommen wird, um damit die entstandene Doppelbesteuerung zu beseitigen. Dies liegt beispielsweise dann vor, wenn im Anschluss an eine Erhöhung des Transferpreises bei einer

¹⁷⁶⁾ Reich, in ASA 54, 640 ff; Stockar, in ASA 54, 321 ff; Höhn, INStR S. 417, Widmer; in ST 12/1979 S. 2.

¹⁷⁷⁾ Zu den Rechtsfolgen im allgemeinen auf Stufe Gesellschaft und Gesellschafter, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2. und 3.

¹⁷⁸⁾ Verdeckte Vorteilszuwendung verstanden als Oberbegriff für verdeckte Gewinnausschüttungen und verdeckte Kapitaleinlagen.

verkaufenden Gesellschaft der vorerst ausgewiesene, etwa aus dem Weiterverkauf realisierte Ertrag der Käuferin entsprechend reduziert wird.

1.3. Ausmass der Problematik

Das corresponding adjustment wirft verschiedenste Fragen auf. Es kann deshalb nicht allein mit dem Hinweis auf die zivil- sowie steuerrechtliche Selbständigkeit der leistenden Aktiengesellschaft gegenüber dem empfangenden Aktionär abgetan werden. Vielmehr spielen auch allgemeine verfassungsmässige Grundsätze mit, es sind Verfahrensfragen von Bedeutung, es sind interkantonale und internationale Abgrenzungsprobleme angesprochen und je nach Konstellation auch die Bedeutung von Doppelbesteuerungsabkommen.

1.4. Anforderungen an die Gewährung eines corresponding adjustment ¹⁷⁹⁾

1.4.1. Allgemeines

Die schweizer Steuerordnungen enthalten kein Instrumentarium, das ein corresponding adjustment unmittelbar herbeiführen würde. Insbesondere hat die Schweiz auch einen Vorbehalt gegenüber dem Artikel 9 Absatz 2 des OECD Musterabkommens angebracht, der "eine automatische Berücksichtigung der von einem ausländischen Staat vorgenommenen Gewinnkorrekturen bei der Besteuerung der schweizerischen Gesellschaft" ¹⁸⁰⁾ verlangt.

Eine Lösung lässt sich demnach nur anhand allgemeiner Grundprinzipien finden. Anwendung findet insbesondere der

¹⁷⁹⁾ Zur ganzen Problematik siehe: Reich, in ASA 54, 640 ff; Ryser, in ASA 53, 469 ff; Rouiller, in ASA 55, 10.

Diese 3 Autoren stehen dem corresponding adjustment grundsätzlich positiv gegenüber.

¹⁸⁰⁾ Widmer, in ASA 43, 492.

Zur internationalen Lage siehe auch Zünd, in StR 30, 1975, S 100 ff.

Grundsatz von Treu und Glauben, das Verbot willkürlichen Verhaltens, das Doppelbesteuerungsverbot und das Prinzip der Besteuerung nach der wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit.

1.4.2. Verfahrens- und kollisionsrechtliche Fragen

Die Wirkung der oben genannten Grundsätze wird aus verfahrens- und kollisionsrechtlichen Gründen erheblich eingeschränkt. Dies zeigt sich, sobald verschiedene Behörden in einen Fall involviert sind und die eine nicht an die Sachverhaltswürdigung der anderen gebunden ist.

Einigermaßen Gewähr für die Durchführung eines corresponding adjustment besteht somit nur im innerkantonalen Verhältnis, wenn Aktionär und Aktiengesellschaft somit derselben Steuerordnung unterstellt sind. Hier wäre das verfassungsmässige Verbot widersprüchlichen Verhaltens verletzt, wenn die Steuerbehörde den Sachverhalt bei der Aktiengesellschaft und beim Aktionär je verschieden würdigen würde.¹⁸¹⁾

Dieser Grundsatz steht jedoch unter einem gewichtigen Vorbehalt. Ist nämlich der Aktionär bereits rechtskräftig veranlagt, so ist es fraglich, ob er auf dem Weg der Revision eine Aenderung seiner Veranlagung herbeiführen kann. Dies ist dann zu bejahen, wenn man die Einschätzung der Aktiengesellschaft als eine neue rechtserhebliche Tatsache im Sinne eines Revisionsgrundes betrachtet. Die neuere Lehre geht richtigerweise von dieser Annahme aus und eröffnet somit dem Steuerpflichtigen Aktionär die Möglichkeit zur Anpassung seiner Einschätzung.¹⁸²⁾ Ob die Gerichtspraxis dies auch tut, ist jedoch ungewiss.

¹⁸¹⁾ ASA 47, 270 = BGE 103 Ia 20 ff.
Imboden/Rhinow Nr. 77.

¹⁸²⁾ Burki S. 186 f; Reich, in ASA 54, 646.

Komplexer erweist sich die Situation im interkantonalen Verhältnis. Hier hat der Steuerpflichtige keinen Anspruch darauf, dass die verschiedenen Steuerbehörden den Sachverhalt gleich würdigen.¹⁸³⁾ Unklar ist zudem, ob eine Doppelbesteuerungsbeschwerde¹⁸⁴⁾ Erfolg verspricht. Nach der heute geltenden Praxis, die von einem strengen Erfordernis der Subjektidentität ausgeht, dürfte dies zu verneinen sein.¹⁸⁵⁾ Richtiger wäre jedoch eine Betrachtungsweise, die die engen Beziehungen zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär berücksichtigt und mehr darauf ausgerichtet ist, die effektive Doppelbesteuerung desselben Vermögenswertes zu vermeiden.¹⁸⁶⁾

Würdigen die beteiligten Steuerbehörden den vorliegenden Sachverhalt demnach unterschiedlich, so kann der Steuerpflichtige heute kaum etwas dagegen unternehmen. Dies gilt erst recht, wenn die Einschätzung des Aktionärs bereits rechtskräftig ist, wenn der Aktiengesellschaft ein bestimmter Betrag als verdeckte Gewinnausschüttung aufgerechnet wird.¹⁸⁷⁾ Solange im innerkantonalen Verhältnis ungewiss ist, ob die Einschätzung der Gesellschaft einen Revisionsgrund für den Aktionär darstellt, ist dies erst recht im interkantonalen Verhältnis ungewiss. Besonders interessant sind die interkantonalen Probleme bei der direkten Bundessteuer. Die Steuerhoheit liegt hier beim Bund, der Vollzug aber bei den Kantonen. Demnach tritt im interkantonalen Verhältnis dem Aktionär und der Gesell-

183) Völlig ungebunden gegenüber ausserkantonalen Entscheiden fühlt sich offenbar auch das VGr des Kantons Zürich. Es führt aus, die Rechtslage der Schwestergesellschaft (=Empfängerin der verdeckten Gewinnausschüttung) brauche nicht geklärt zu werden. Siehe hiezu: StR 42, 1987, S. 3.

184) BV 46.

185) Siehe hiezu auch: Höhn, IKStR, § 4 N 12 ff; Burki S. 187 f.

186) gl.M.: Höhn, in ASA 54, 650 f.

187) Höhn, in ASA 54, 645 f.

schaft je eine andere Behörde entgegen. Aus dem Verbot widersprüchlichen Verhaltens kann für diesen Fall somit nichts abgeleitet werden. Dies kann zu sehr stossenden Ergebnissen führen, denn offensichtlich schafft hier der Vollzugsföderalismus dem Steuerpflichtigen zusätzliche Probleme und verschlechtert ihm seine rechtliche Stellung. Eine Lösung liesse sich nur finden, indem eine abweichende Sachverhaltswürdigung durch eine ausserkantonale Behörde als Revisionsgrund gelten würde und zudem das Bundesgericht zuständig wäre, die unterschiedliche Würdigung eines Sachverhaltes bezüglich zweier verbundener Steuersubjekte zu beseitigen. ¹⁸⁸⁾

Nimmt der Fall internationale Dimensionen an, so ist die Chance auf eine Lösung noch geringer. Besteht zwischen den zwei beteiligten Staaten ein Doppelbesteuerungsabkommen, so kann wenigstens ein Verständigungsverfahren eingeleitet werden, dessen erfolgreicher Abschluss einen Revisionsgrund darstellt. ¹⁸⁹⁾ Ansonsten bestehen aber keine Mittel, mit denen eine Berücksichtigung einer im Ausland vorgenommenen Gewinnkorrektur durchgesetzt werden könnte. ¹⁹⁰⁾

Die Vielfalt der aufgezeigten Probleme macht deutlich, dass die Angleichung einer Veranlagung eines Aktionärs an eine Gewinnkorrektur bei der Gesellschaft von verschiedensten Einzelfragen abhängt und damit nicht generell gewährleistet ist.

¹⁸⁸⁾ Siehe zu diesen Fragen auch: Duss, in StR 42, 1987, S. 19 ff.

¹⁸⁹⁾ Höhn, INStR S. 474.

¹⁹⁰⁾ Reich, in ASA 54, 647 f; Burki S. 187.

1.5. Exkurs in den Bereich der Verrechnungssteuer

Das corresponding adjustment hat nicht nur Auswirkungen auf die direkten Steuern des die Leistung empfangenden Aktionärs. Vielmehr sind auch Fragen aus dem Bereich der Verrechnungssteuer angesprochen.

Handelt es sich beim Aktionär etwa um eine buchführungs-pflichtige Gesellschaft, der ein corresponding adjustment verweigert wird und hat sie keine andere Möglichkeit, ihre Bücher entsprechend zu korrigieren ¹⁹¹⁾, so enthalten diese Bücher einen Posten Geschäftsertrag. Der verrechnungssteuerbelastete Beteiligungsertrag wird somit beim Empfänger nicht ordnungsgemäss als solcher verbucht. Damit ist aber der Rückerstattungsanspruch auf die Verrechnungssteuer verwirkt. ¹⁹²⁾

Ein Ausweg besteht nur noch über das Meldeverfahren ¹⁹³⁾, das auf Antrag der leistenden Gesellschaft durchgeführt werden kann, wenn die in der Verordnung zum Verrechnungssteuergesetz enthaltenen Voraussetzungen erfüllt sind. ¹⁹⁴⁾ Damit kann verhindert werden, dass die Verrechnungssteuer überhaupt zu entrichten und anschliessend zurückzufordern ist.

191) Für die Anforderungen an eine Bilanzkorrektur, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VII, 2. und 3..

192) VStG Art. 25; Pfund/Zwahlen Bd II N 4 ff zu Art. 25.

193) VStG Art. 20.

194) W zu VStG Art. 24 ff.

2. Secondary adjustment

2.1. Problematik

Stimmt die Steuerbehörde einem corresponding adjustment zu, so gibt sie zu erkennen, dass die betroffene Gesellschaft Leistungen empfangen hat, die geschäftsmässig nicht begründbar sind. Trotzdem sind sie bei ihr eingegangen und stellen nun einen Bestandteil ihrer Aktiven dar.

Es fragt sich, ob dieser Zustand endgültig sei oder ob allenfalls das Rad aus steuerlicher Sicht zurückgedreht werden kann oder muss, um den Zustand herbeizuführen, der bestehen würde, wenn keine verdeckte Gewinnausschüttung stattgefunden hätte.¹⁹⁵⁾

2.2. Begriff

Unter "secondary adjustment" versteht man die Rückübertragung der geschäftsmässig nicht begründeten Leistung von der empfangenden auf die leistende Gesellschaft im Anschluss an ein corresponding adjustment.

¹⁹⁵⁾ Im Gegensatz zum corresponding adjustment, das die Ertragssteuern, also die direkten Steuern betrifft, bezieht sich das secondary adjustment auf Fragen der Verrechnungssteuer. Beiden Prinzipien ist gemeinsam, dass sie sich auf die Besteuerung des Empfängers einer verdeckten Vorteilszuwendung auswirken.

2.3. Steuerfolgen

Ueber die Steuerfolgen des secondary adjustment ist in der jüngeren Vergangenheit ein lebhafter Streit entstanden.¹⁹⁶⁾ Entbrannt ist die Kontroverse anhand eines dem Bundesgericht zur Entscheidung vorgelegenen Falles.¹⁹⁷⁾

Auf der einen Seite wird namentlich von der Eidgenössischen Steuerverwaltung¹⁹⁸⁾, nun bestätigt durch das Bundesgericht¹⁹⁹⁾, geltend gemacht, ein corresponding adjustment löse keine Schuldverpflichtung bei der die Leistung empfangenden Gesellschaft gegenüber der leistenden aus. Vielmehr stelle jede "Rückerstattung" einen neu zu würdigenden Sachverhalt dar. Dieser stelle aus steuerlicher Sicht entweder eine Gewinnausschüttung oder eine Kapitaleinlage dar.

Auf der anderen Seite macht Walter Ryser²⁰⁰⁾ geltend, es entstehe auf dem Weg des corresponding adjustment eben gerade eine Schuld und damit die Pflicht zur Rückübertragung, denn mit dem corresponding adjustment lege die Steuerbehörde fest, wer geschäftsmässig Anspruch auf die

196) Ryser, in ASA 53, 465 ff; Stocker, in ASA 54, 321 ff.

197) BGE vom 5. April 1984: ASA 53, 278 ff = Pra 73, 1974, Nr. 257. Anzumerken ist, dass dieser Entscheid die Frage der Rückübertragung einer Kapitaleinlage betraf. Die grundsätzlichen Ueberlegungen bleiben sich aber für den Fall der Rückübertragung einer verdeckten Gewinnausschüttung gleich.

198) Die EStV befolgt ihre Praxis schon seit Jahren: EStV vom 20.10.1978, in Locher/Meier/von Siebenthal B9 Nr. 6; EStV vom 22.11.1982, in Praxis der Bundessteuern, 2. Teil, VStG Art. 4, Abs. 1 lit. b Nr. 128. Ebenso: Stocker, in ASA 54, 321 ff.

199) Neben dem zitierten neuesten Entscheid vom 5.4.1984 hatte sich das BGr schon einmal mit einer Art von secondary adjustment zu befassen (ASA 47, 531 ff). Nur fand dort kein corresponding adjustment statt, sondern es wurde direkt eine steuerneutrale Rückübertragung verlangt.

200) Ryser, in ASA 53, 465 ff.

fragliche Leistung habe.²⁰¹⁾ Werde die Rückübertragung dann effektiv vollzogen, so stelle dies eine wirtschaftlich gebotene Handlung dar, welche steuerneutral zu erfolgen habe.

Die Analyse dieser zwei Thesen zeigt, dass letztere verworfen und erstere unterstützt werden muss.²⁰²⁾

Auszugehen ist dabei vom Zweck des corresponding adjustment. Dieser besteht ja in der Vermeidung der Doppelbesteuerung einer Leistung bei der leistenden, als auch bei der empfangenden Gesellschaft. Mit der Einwilligung zur Umqualifikation bei der empfangenden Gesellschaft, im Anschluss an die erfolgte Umqualifikation bei der leistenden, würdigt die Steuerbehörde die Leistung ganz oder teilweise als Gewinnausschüttung. Sie anerkennt aber kein Recht auf Rückübertragung.²⁰³⁾ Wollen dies die zwei beteiligten Gesellschaften tun, so sind die bereits diskutierten Grundsätze zur Rückgängigmachung einer verdeckten Gewinnausschüttung zu beachten. Dort haben wir festgestellt, dass die Zulässigkeit der Rückgängigmachung in entscheidendem Masse davon abhängt, ob im Moment der Rückgängigmachung der Steuertatbestand bereits erfüllt und der Steueranspruch damit bereits entstanden ist. Ist dies der Fall, so können die Steuerfolgen aber nur noch auf dem Revisionsweg beseitigt werden.²⁰⁴⁾ Uebertragen wir diese

201) Ryser, in ASA 53, 480: "... cette restitution a pour cause le règlement d'une dette dont la création est implicitement reconnue par lesdites autorités."

202) Ebenso: Reich, in ASA 54, 644 f; gl.M. aber zurückhaltend in der Stellungnahme, Bericht des Fiskalausschusses der OECD 1977 betreffend "Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung des Einkommens und des Vermögens" Artikel 9, Ziff. 5.

203) Daraus folgt auch, dass sich das Problem der Bindung an eine behördliche Auskunft, wie es im BGE vom 5.4.1984 diskutiert wurde (E 3 a), gar nicht stellt.

204) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VII, 3.2.

Erkenntnisse auf das vorliegende Problem, so stellen wir fest, dass die Bejahung eines corresponding adjustments gerade voraussetzt, dass eine Vorteilszuwendung stattgefunden hat, mithin eine verdeckte Gewinnausschüttung erfolgt ist, und damit auch der Steuertatbestand erfüllt ist. Der enge Raum für die Rückgängigmachung ist somit abgesteckt. Ein Zwang hiezu besteht gerade nicht.

IX. Das Problem der Gesamtbetrachtung

1. Problematik

Das Problem der Gesamtbetrachtung wirft die Frage auf, ob im Rahmen der Ermittlung und Bemessung einer verdeckten Gewinnausschüttung ein einzelnes Rechtsverhältnis für sich alleine isoliert zu betrachten sei, oder ob von einer gesamtheitlichen Würdigung verschiedener oder aller zwischen der Gesellschaft und dem einzelnen Aktionär bestehenden Beziehungen auszugehen ist. Dies würde einen Vorteilsausgleich zwischen den einzelnen Rechtsverhältnissen ermöglichen.

Anders formuliert lautet die Frage nach der Gesamtbetrachtung demnach, wieweit der rechtserhebliche Sachverhalt im Rahmen der steuerrechtlichen Rechtsanwendung reicht, insbesondere im Rahmen der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen.

2. Herrschende Praxis

Das Bundesgericht sowie kantonale Gerichte lehnten die Gesamtbetrachtung in jüngerer Vergangenheit anhand konkreter Fälle ab. Die Argumentation baute dabei regelmässig auf dem Massgeblichkeitsprinzip und dem Grundsatz von Treu und Glauben im Veranlagungsverfahren auf. Nach

letzterem hat sich der Steuerpflichtige bei den selbst eingereichten Zahlen behaften zu lassen.²⁰⁵⁾ Insbesondere wird ausgeführt, die Steuererklärung stelle eine vorbehaltlose Wissens- und Willenserklärung dar, wovon nur noch beim Vorliegen ausserordentlicher Umstände abgewichen werden könne.²⁰⁶⁾

In diesem Zusammenhang ist jedoch von wesentlicher Bedeutung, dass das Bundesgericht sowie die Rekurskommission I des Kantons Zürich die Frage, ob eine Gesamtbetrachtung generell unzulässig sei, offengelassen haben.²⁰⁷⁾ Ebenso fällt ins Gewicht, dass unser höchstes Gericht neulich entschieden hat, dass bei der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen bei Mieter-Aktiengesellschaften "... ausser dem vereinbarten Mietzins alle sonstigen Aufwendungen, die der Aktionär aufgrund des ihm eingeräumten Gebrauchsrechtes macht ..." zu berücksichtigen sind. "... in Betracht fallen insbesondere auch die Kosten grösserer Reparaturen, die er auf sich nimmt, obwohl sie normalerweise vom Vermieter zu tragen sind."²⁰⁸⁾ Dies läuft aber auf eine Gesamtbetrachtung hinaus, wenn auch das Bundesgericht dieses Vorgehen nicht ausdrücklich als solche bezeichnet.

205) Siehe auch das Behaften des Steuerpflichtigen auf den eingereichten Zahlen bei der Frage der Rückgängigmachung einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Bilanzänderung: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VII, 2.2.

206) BGr: StE 1986 B 72.14.2 Nr. 5c = StR 41, 1986, S. 474 ff; ASA 44, 384 ff; Zu beachten ist aber, dass das BG die Gesamtbetrachtung in seinem Entscheid vom 3. Juli 1942 noch unterstützt hat, dort freilich zugunsten des Fiskus (ASA 11, 190 ff).
VGr Kt ZH: StE B 72.13.22 Nr. 2.
VGr Kt StG: StE 1986 B 72.14.1 Nr. 3 b.
VGr Kt LU: StE 1986 B 72.14.2 Nr. 4 b.

207) BGr: StE 1986 B 72.14.2 Nr. 5 c und d.
RK I Kt ZH: StE 1984 B 72.13.22 Nr. 2 b.

208) Pra 71, 1982, Nr. 130, S. 322; ebenso: ASA 28, 395 ff.

3. Doktrin

In der schweizerischen Doktrin wird das Problem der Gesamtbetrachtung nur vereinzelt und dann bloss rudimentär behandelt. Soweit dies aber geschieht, kann eine vorsichtige bis vorbehaltlose Unterstützung der Gesamtbetrachtung festgestellt werden.²⁰⁹⁾

4. Würdigung

4.1. Ausgangspunkt

Im Rahmen der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen ist es richtig, vom einzelnen Rechtsgeschäft auszugehen. Ebenso ist es richtig, den Steuerpflichtigen grundsätzlich auf seinen eingereichten Unterlagen zu behaften.²¹⁰⁾ Allein, hier kann nicht das Ende der steuerlichen Ueberlegungen sein. Als entscheidendes Element kommt nun hinzu, dass der Aktionär in mannigfachen parallelen Rechtsbeziehungen zu seiner Gesellschaft stehen kann und dass diese sehr wohl in gegenseitigem Abhängigkeitsverhältnis stehen können.

²⁰⁹⁾ Pestalozzi S. 50; Prym S. 59 ff; Schärner, in ASA 43, 292; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 334 f.

²¹⁰⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VII, 3.

4.2. Weiter Begriff der Adäquanz im Steuerrecht

Das Bundesgericht wiederholt immer wieder, dass im Steuerrecht "die dargelegten Umstände in ihrer Gesamtheit" zu würdigen seien ²¹¹⁾, oder etwa eine "Berücksichtigung der gesamten Umstände" ²¹²⁾ stattzufinden habe, um zu eruieren, welche konkreten Rechtsfolgen ein Vorgang auslöse.

Damit bringt es zum Ausdruck, dass im Rahmen einer Steuerveranlagung der Kreis der rechtserheblichen und damit adäquaten Tatsachen weit zu fassen ist. Alles was irgendwie noch von Bedeutung sein kann, ist in die Würdigung miteinzubeziehen.

4.3. Auswirkungen des weiten Adäquanzbegriffes

Die Bejahung eines weiten Adäquanzbegriffes führt dazu, dass ein einzelnes Rechtsgeschäfts nicht generell für sich alleine isoliert beurteilt werden kann. Vielmehr ist anhand weiterer Kriterien zu entscheiden, ob es nicht von parallelen Rechtsverhältnissen beeinflusst ist und eine korrekte rechtliche Würdigung nur mittels Einbezug dieser zusätzlichen Faktoren möglich ist.

Die Gerichte werden demnach dem Problem der Gesamtbeurteilung nicht gerecht, wenn sie es allein unter dem Aspekt der Bindung an die eingereichten Unterlagen analysieren. Die Frage geht vielmehr dahin, wie der Fiskus diese Unterlagen zu würdigen hat und ob er bei der Beurteilung eines buchhalterischen Vorganges nicht auch die Wirkungen anderer Vorgänge berücksichtigen muss. Gerade dies ist aus den Gesamtumständen zu entscheiden. Auch im Rechtsverkehr mit Dritten ist es durchaus möglich, dass nur eine gesamtheitliche Betrachtung mehrerer Rechtsgeschäfte der

²¹¹⁾ StE 1984 B 24.4 Nr. 3 d.

²¹²⁾ StE 1986 B 72.14.2 Nr. 5 c.

konkreten Situation gerecht wird. Die buchhalterisch getrennte Darstellung der verknüpften Rechtsgeschäfte steht dem nicht entgegen. Ebenso stellt die Tatsache, dass sich das Vorliegen verdeckter Gewinnausschüttungen bei verschiedenen Aufwandsposten anhand ganz unterschiedlicher Kriterien beurteilt, kein Hindernis dar. ²¹³⁾

4.4. Sachlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang als Voraussetzung der Gesamtbetrachtung

4.4.1. Ausdrückliche Erklärung der Parteien

Zwischen verschiedenen Rechtsgeschäften liegt immer dann ein zu berücksichtigender Zusammenhang vor, wenn dies die Parteien ausdrücklich erklären und sich die Erklärung auch auf den Vorteilsausgleich bezieht. ²¹⁴⁾ Leistungen und Gegenleistungen aller derart verknüpfter Rechtsgeschäfte sind dann einander gegenüberzustellen. Nur anhand dieser Gesamtfaktoren kann ein Marktvergleich erfolgen, um festzustellen, ob allenfalls eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt.

4.4.2. Fehlen einer ausdrücklichen Parteierklärung

Fehlt es an einer ausdrücklichen Parteivereinbarung, wonach verschiedene selbständige Rechtsgeschäfte als wirtschaftliche Einheit zu betrachten sind, oder fehlt es bloss am ausdrücklichen Willen zum Vorteilsausgleich, so stellt sich die Frage, ob sich nicht aus den weiteren Umständen eine Gesamtbetrachtung aufdrängen kann.

Diese Frage ist zu bejahen. Dies folgt einmal aus der Tatsache, dass Willenserklärungen auch stillschweigend erfolgen

²¹³⁾ a.M: VGr Kt StG: StE 1986 B 72.14.1 Nr. 3 b.

²¹⁴⁾ Solches Vorgehen wird im internationalen Rechtsverkehr auch als "package deal" bezeichnet.

können.²¹⁵⁾ Im weiteren ist zu bedenken, dass im Rahmen einer verdeckten Gewinnausschüttung der Fiskus den Vorwurf erhebt, die buchhalterische Darstellung der Ereignisse stimme nicht mit den zivilrechtlichen Gegebenheiten überein. In einem weitesten Sinne macht er somit einen Missbrauch der gewählten Zivilrechtsformen geltend.²¹⁶⁾ Ob ein solcher Missbrauch aber vorliegt, kann nicht völlig isoliert beurteilt werden, sondern hat vielmehr anhand einer Würdigung aller Umstände zu erfolgen.

Folgt aus den Gesamtumständen, wenn auch nur stillschweigend, dass zwischen einzelnen Rechtsgeschäften ein Zusammenhang besteht, dass diese eben nicht isoliert betrachtet werden wollen, sondern dass eine sachliche Konnexität besteht, so kann dies nicht unbeachtet bleiben.²¹⁷⁾

4.4.3. Zeitliche Konnexität als unwesentliches Kriterium

Gelegentlich stellt sich die Frage, ob ein Vorteilsausgleich beschränkt sei auf Leistungen, die allesamt in derselben Bemessungsperiode erfolgen. Bejaht wird diese Frage mit dem Argument der periodengerechten Besteuerung.²¹⁸⁾

Diese Auffassung entbehrt jedoch einer stichhaltigen Begründung. Die Beschränkung des Vorteilsausgleichs auf Leistungen innerhalb einer Periode ist nicht gerechtfertigt. Auch im Verkehr mit unabhängigen Dritten besteht kein Anlass, Leistungen und Gegenleistungen ihre wirtschaftliche

²¹⁵⁾ OR 1 II.

²¹⁶⁾ Dieser Missbrauch hat nichts mit einer Steuerumgehung zu tun. Zur Fiktion als Grundlage der verdeckten Gewinnausschüttung, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, 1, 4. Zur Steuerumgehung, siehe hinten: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, 1.

²¹⁷⁾ Zum gleichen Resultat kommt der Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmen", Ziff. 19 ff.

²¹⁸⁾ RK I Kt ZH: StE 1984 B 72.13.22 Nr. 2 b.

Abhängigkeit abzusprechen, einzig weil sie zeitlich nicht zusammenfallen.

Soweit sachliche Kriterien bestehen, die eine Gesamtbeurteilung rechtfertigen, muss eine solche demnach unabhängig vom Zeitpunkt der Erbringung der einzelnen Leistungen als zulässig betrachtet werden. 219)

5. Schlussbemerkungen

Aus den vorstehenden Ausführungen folgt, dass etwa die Frage, ob die einem Aktionärsdirektor entrichteten übersetzten Spesenentschädigungen als verdeckte Gewinnausschüttung oder als zusätzlicher Lohn zu erfassen seien, nicht generell beantwortet werden kann. Vielmehr sind zuerst die Gesamtumstände zu würdigen. Geht aus diesen hervor, dass sich der Empfänger unter verschiedenen Rechtstiteln Werte in einer bestimmten Höhe will zukommen lassen, so ist dieser Gesamtbetrag anhand aller zugrundeliegenden Rechtsgeschäfte auf seine Marktmässigkeit hin zu prüfen. Ein Vorteilsausgleich kann stattfinden, sei es gegenüber Salär oder sei es zum Beispiel gegenüber fehlenden Darlehenszinsen.

Ganz anders ist zu entscheiden, wenn die Umstände zeigen, dass die Vereinbarung betreffend Spesenersatz nur zum Ziele hatte, effektiv entstandene Unkosten zu decken und in keinem weiteren Verhältnis zu parallelen Rechtsgeschäften stand. Hier fehlt es am Willen zum Vorteilsausgleich, was die Gesamtbetrachtung unzulässig macht.

219) Siehe den Entscheid des VGr des Kt ZH, in RB 1961 Nr. 50 = ZR 61 Nr. 32, wo bei einem zinslosen Kredit das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung verneint wurde, weil die Abrede bestand, den Zinsausfall in späteren Jahren zu kompensieren. Siehe auch das bei Studer S. 167 zitierte Beispiel der Steuerkommission BS.
Ebenso: BGE vom 28.2.1986 in Sachen FF SA.

X. Verdeckte Gewinnausschüttungen an nahestehende Personen

1. Problematik

Eine verdeckte Gewinnausschüttung kann nicht nur in der Art erfolgen, dass eine Gesellschaft eine übersetzte Leistung unmittelbar ihrem Aktionär erbringt. Vielmehr kann der Empfänger einer verdeckten Gewinnausschüttung auch eine gesellschaftsrechtlich unbeteiligte Person sein.²²⁰⁾ Vorausgesetzt wird dann jedoch, dass es sich bei dieser Person um eine "nahestehende" handelt. Dies trifft nach bundesgerichtlicher Praxis dann zu, wenn zwischen dem Aktionär und dem begünstigten Dritten "... wirtschaftliche oder persönliche Verbindungen bestehen, welche nach den gesamten Umständen als eigentlicher Grund der zu besteuernenden, ungewöhnlichen Leistung betrachtet werden müssen."²²¹⁾

2. Würdigung

Blicken wir auf die drei den Beteiligungsertrag charakterisierenden Elemente zurück²²²⁾, so stellen wir fest, dass sie die Frage nach dem Leistungsempfänger nicht stellen. Solange demnach die Kausa einer Leistung in der Mitgliedschaft eines Aktionärs liegt und keine Kapitalrückzahlung erfolgt, handelt es sich um Beteiligungsertrag, unabhängig davon, wer unmittelbarer Leistungsempfänger ist.

Dies muss der zentrale Anknüpfungspunkt bei der Gewinnausschüttung an nahestehende Personen sein. Es ist dem-

220) Siehe zweites Element der bundesgerichtlichen Definition der verdeckten Gewinnausschüttung: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.1.2.: direkte oder indirekte Leistung an den Aktionär.

221) BGr., in ASA 45, 601.

222) Siehe Einleitung.

nach weder die Tatsache der direkten Leistung an einen unabhängigen Dritten, noch die Beziehung des Empfängers zum Aktionär, die ihn zur nahestehenden Person macht 223), sondern einzig die Tatsache, "dass der Aktionär kraft seines Beteiligungsrechtes eine unentgeltliche Leistung der AG an einen Nichtgesellschafter bewirkt ...". 224)

Entscheidend ist demnach das subjektive Kriterium, der Wille des Aktionärs also, eine ihm kraft Mitgliedschaft zustehende Leistung unmittelbar einem Dritten zukommen zu lassen. 225) Liegt dieser Wille vor, so wird der Dritte als Leistungsempfänger zur nahestehenden Person und die Leistung selbst zur Gewinnausschüttung. 226)

3. Dreieckstheorie

Dogmatisch sauber kann man eine verdeckte Gewinnausschüttung an nahestehenden Personen nur dann erfassen, wenn man den Vorgang in seine einzelnen Schritte zerlegt.

223) a.M.: Imboden, in ASA 37, 187 FN 26; Bosshardt S. 203, der denn auch eine besonders nahe Stellung des Dritten zum Aktionär und zur Gesellschaft verlangt: "... er muss der Körperschaft ähnlich wie ein Mitglied nahestehen ...".

Für diese Einschränkung besteht aber keine Rechtfertigung. Gegenüber der Gesellschaft bedarf der Dritte überhaupt keiner Beziehung: Reimann/ Zuppinger/Schärrer Bd III N 77 zu § 45; Ulrich S 73. Gegenüber dem Aktionär genügt jede Art von Rechtsbeziehung, sie muss in keiner Weise qualifiziert sein.

224) Pfund Bd I N 3. 25 zu Art. 4. Ebenso: Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 332.

225) Pestalozzi S. 64.

226) Kann dieser Wille aber nicht nachgewiesen werden, so fehlt es an einer nahestehenden Person und die Leistung kann nicht als verdeckte Gewinnausschüttung erfasst werden: a.M.: BGr, in ASA 32, 108 f. Der Wille kann im übrigen nicht bereits aus der Tatsache geschlossen werden, dass eine Leistung erbracht wurde, die über dem Marktüblichen lag. Diese Argumentationsweise käme einem Zirkelschluss gleich.

An erster Stelle steht dabei die Gewinnausschüttung der Gesellschaft an ihren Aktionär, an zweiter dessen Leistung an den Empfänger.²²⁷⁾

Anders lässt sich der Vorgang weder handelsrechtlich noch wirtschaftlich darlegen.²²⁸⁾

Dem Steuerrecht bleibt demnach keine andere Wahl, als sich dieser zivilrechtlichen Konstruktion anzunehmen und aus der eigenen Perspektive zu prüfen, welche Steuerfolgen an die einzelnen Schritte zu knüpfen sind.²²⁹⁾

4. Steuerfolgen des Dreiecksvorganges

4.1. Direkte Steuern

4.1.1. Steuerfolgen bei der leistenden Gesellschaft

Für die leistende Gesellschaft spielt es keine Rolle, ob sie eine verdeckte Gewinnausschüttung unmittelbar ihrem Aktionär zukommen lässt oder einem Dritten. Ihr Gewinnausweis ist jedenfalls um die erbrachte Leistung zu korrigieren.²³⁰⁾

227) Vorbehalt bleibt der Fall, bei welchem noch weitere Glieder in der Kette zwischen leistender Gesellschaft und Empfänger sind.

228) Reich S. 199; Stockar S. 124; Reich, in ASA 54, 635; Schärner, in ASA 43, 307; Rouiller, in Protokoll 1985 S. 61 ff.

229) a.M.: Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 368; Prym S. 232 f.

230) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3.

4.1.2. Steuerfolgen beim Aktionär

4.1.2.1. Allgemeines

Die direkten Auswirkungen der Dreieckstheorie liegen darin, dass auch der Aktionär, der die Leistung nicht selbst empfängt, in die rechtlichen Betrachtungen des Vorganges miteinbezogen wird. Es zeigt sich im übrigen, dass die spezifischen Steuerfolgen auf dieser Stufe in entscheidendem Masse dadurch geprägt sind, ob sich die Beteiligung im Geschäfts- oder im Privatvermögen des Aktionärs befindet. Ist ersteres der Fall, so gilt es die bilanzsteuerrechtlichen Grundsätze anzuwenden. Trifft letzteres zu, so gelten die allgemeinen, bereits dargelegten Grundsätze zum Beteiligungsertrag.

4.1.2.2. Beteiligung im Privatvermögen des Aktionärs

Hält eine natürliche Person ihre Beteiligung im Privatvermögen, so erfolgt eine Leistung mit kausa in der Mitgliedschaft, die keine Kapitalrückzahlung darstellt. Hieran ändert auch die Tatsache der unmittelbaren Begünstigung des Dritten nichts.

Die drei kumulativen Voraussetzungen des Beteiligungsertrages sind demnach erfüllt, womit auch die Steuerfolgen gegeben sind. Für ein Abweichen besteht kein Raum.²³¹⁾

²³¹⁾ Reich, in ASA 54, 639; Schärner, in ASA 43, 307; a.M.: Rouiller, in Protokoll 1985, S. 64.

4.1.2.3. Beteiligung im Geschäftsvermögen des Aktionärs
232)

"Im Bilanzsteuerrecht beurteilt sich die Frage, ob eine geldwerte Leistung vorliegt, im Unterschied zum Privatvermögensbereich nicht nach formalen, steuersystematischen Kriterien, sondern nach wirtschaftlichen Ueberlegungen."
233)

Nur dann also, wenn Beteiligungsertrag tatsächlich realisiert wird und die Empfängerin auch frei darüber verfügen kann, liegt ein nach den kaufmännischen Grundsätzen relevanter und damit auch steuerbarer Zugang vor.

Diese Voraussetzungen erfüllen sich bei einer Muttergesellschaft aber gerade nicht, wenn eine verdeckte Vorteilszuwendung zwischen Schwestergesellschaften erfolgt.²³⁴⁾ Die Muttergesellschaft kommt nicht in den Genuss einer frei verfügbaren Leistung. Vielmehr bleiben ihr die Mittel auf Stufe der Tochtergesellschaften gebunden.²³⁵⁾

232) Die Ausführungen zum Geschäftsvermögen sind nur knapp gehalten, da sie eigentlich über den Rahmen der vorliegenden Arbeit hinausgehen.

233) Reich, in ASA 54, 623.

234) So auch Rouiller, in Protokoll 1985, S. 64; Stockar S. 124.

235) Reich, in ASA 54, 636 ff; Rouiller, in Protokoll 1985, S. 63 f, wo ausgeführt wird, dass für die Steuerfreiheit bei der Mutter vorausgesetzt sei, dass die Tochter die empfangene Leistung den Reserven gutschreibe, um damit das potentielle Steuersubstrat zu erhalten.

4.1.3. Steuerfolgen bei der Empfängerin der Leistung ²³⁶⁾

4.1.3.1. Aktiengesellschaft als Empfängerin

Auch beim dritten Glied in der Kette des Vorganges gilt es die Dreieckstheorie zu beachten. Handelt es sich bei diesem Glied um eine Aktiengesellschaft, so ist der Zugang als Kapitaleinlage zu würdigen und nicht als Geschäftserfolg. ²³⁷⁾

Dem entspricht es denn auch, dass bei der unentgeltlichen Uebertragung stiller Reserven zwischen Schwester-gesellschaften der Empfängerin eine steuerneutrale Aufwertung des erworbenen Aktivums im Umfang der Aufrechnung bei der leistenden Gesellschaft, mithin im Umfang der verdeckten Gewinnausschüttung zuzugestehen ist. ²³⁸⁾

4.1.3.2. Natürliche Person als Empfängerin

Handelt es sich bei der Empfängerin um eine natürliche Person, so stellt der Vorgang gewöhnlich eine Schenkung dar, ausser der Aktionär erfülle mittels des Dreiecksvorganges eine Schuld mit anderer Kausa. ²³⁹⁾

4.2. Verrechnungssteuer

Die Verrechnungssteuer befolgt die oben dargelegte Dreieckstheorie nicht. Sie hält sich vielmehr bloss an die leistende Gesellschaft als Steuerschuldner und an den Empfänger als Steuerträger. Die ebenfalls vom Vorgang betroffene

²³⁶⁾ Die hier skizzierten Steuerfolgen stehen selbstverständlich unter dem Vorbehalt, dass eine Anpassung auf der Stufe der Empfängerin überhaupt noch möglich ist; siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VIII, 1.: corresponding adjustment.

²³⁷⁾ Anders ist nur dann zu entscheiden, wenn die Muttergesellschaft mittels Dreiecksvorgang eine Schuld gegenüber ihrer Tochter tilgt.

²³⁸⁾ So auch Rouiller, in Protokoll 1985, S. 64; Stockar S. 124.

²³⁹⁾ Reich, in ASA 54, 639 FN 92; Schärfer, in ASA 43, 307.

Muttergesellschaft bleibt jedoch unberührt. ²⁴⁰⁾

Die Begründung hiezu liegt jedoch nicht in einer von der Dreieckstheorie abweichenden dogmatischen Erfassung des Vorganges. Vielmehr gilt es zu beachten, dass die Verrechnungssteuer formaler ausgestaltet ist als die direkte Einkommens- oder Ertragssteuer. Aus diesem Grund hält sie sich direkt an den Gläubiger der zu besteuerten Leistung, mithin an den unmittelbaren Empfänger. ²⁴¹⁾

4.3 Stempelsteuer

Auch die Stempelsteuer hält sich, wie die Verrechnungssteuer, nicht an die Konsequenzen des Dreiecksvorganges. ²⁴²⁾

Dies folgt auch hier aus der formalen Ausgestaltung der Steuer und nicht aus dogmatischen Ueberlegungen. Wenn das Stempelsteuergesetz von steuerbaren Zuschüssen spricht, die die Gesellschafter ohne entsprechende Gegenleistung an die Gesellschaft erbringen, so ist unter dem Begriff des Gesellschafters nur der handelsrechtliche Aktionär zu verstehen, nicht aber eine Schwestergesellschaft. ²⁴³⁾

²⁴⁰⁾ Stockar S. 124; Pfund Bd 1, N 3.25 zu Art. 4; Reich, in ASA 54, 640; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 368.

²⁴¹⁾ VStG Art. 14; VV zum VStG Art. 20.

²⁴²⁾ Stockar S. 124; Reich, in ASA 54, 640; Weidmann/Bühler, in StR 39, 1984, S. 368.

²⁴³⁾ Stempelsteuergesetz Art. 5 II lit. a.

§ 3: Beispiele verdeckter Gewinnausschüttungen

1. Einleitende Bemerkungen

Im folgenden soll anhand konkreter Beispiele näher dargelegt werden, wann einer Leistung einer Aktiengesellschaft an ihren Aktionär die angemessene Gegenleistung fehlt.²⁴⁴⁾

Dabei hat man sich insbesondere zwei Grundgedanken vor Augen zu halten. Zum einen handelt es sich dabei um den Grundsatz, dass bei jedem Entscheid die spezifischen Eigenheiten eines Sachverhaltes zu würdigen sind. Dies schliesst die Anwendung schematischer Formeln von vornherein aus.²⁴⁵⁾ Zum andern gilt es zu beachten, dass der Fiskus nur beim Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses eingreifen darf.²⁴⁶⁾ Den Parteien steht demnach ein gewisser Spielraum offen, innerhalb dessen sie sich frei von steuerlichen Korrekturen bewegen können.²⁴⁷⁾

Ein zusätzliches Problem liegt darin, dass der immer propagierte Marktvergleich, das "dealing at arm's length" also, als Massstab dann versagt, wenn es gar keinen Markt gibt. Diese Gedanken zeigen, dass den folgenden Ausführungen kein abschliessender Charakter zukommen kann. Vielmehr stellen sie bloss Lösungshinweise dar, Argumentationsgerüste, anhand welcher der konkrete Einzelfall beurteilt werden kann.

²⁴⁴⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.1.1.

²⁴⁵⁾ Ulrich S. 91 ff; Prym S. 160 ff.

²⁴⁶⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.2.2.3.

²⁴⁷⁾ Pestalozzi S. 72; Ulrich S. 89.

II. Entschädigungen für Arbeitsleistungen

1. Art der zu berücksichtigenden Entschädigungen

Generell ist davon auszugehen, dass zum Nachweis der fehlenden Angemessenheit von Entschädigungen für Arbeitsleistungen nicht nur die ausdrücklich als Salär bezeichneten Leistungen zu berücksichtigen sind, sondern sämtliche Vergütungen, die irgendwie im Zusammenhang mit dem Arbeitsverhältnis stehen.²⁴⁸⁾

Regelmässig werden demnach neben den effektiv als Salär bezeichneten Bezügen auch Spesenvergütungen, Umsatz- und Gewinnprovisionen, Tantiemen, Gratifikationen, Teuerungszulagen, Bezahlung privater Lebenskosten sowie privater Versicherungen, Sachleistungen, ausserordentliche Vergütungen und auch etwa Gehaltsnachzahlungen in die Betrachtungen miteinbezogen.²⁴⁹⁾

Problematisch ist diese Ansicht jedoch dann, wenn gleichzeitig eine Gesamtbetrachtung zugunsten des Steuerpflichtigen im oben umschriebenen Sinne abgelehnt wird.²⁵⁰⁾ Damit wird eindeutig ein unzulässiger Methodendualismus praktiziert. Es kann nämlich nicht angehen, eine Gesamtschau in Abweichung von den formalen Parteivereinbarungen zuzulassen, soweit es um den Nachweis einer verdeckten Gewinnausschüttung durch die Steuerbehörden geht, währenddem der Steuerpflichtige auf seiner formalen Darstellung der Ereignisse behaftet wird, soweit dieser den Nachweis der geschäftsmässigen Begründetheit antritt.

²⁴⁸⁾ Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 90 zu § 45; Prym S. 163; Ulrich S. 91; Pestalozzi S. 71.
BGE 72 I 190.

²⁴⁹⁾ Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 90 zu § 45; Prym S. 163; Pestalozzi S. 68; Ulrich S. 90 f.

²⁵⁰⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IX.

2. Beurteilungskriterien 251), 252)

2.1. Stellung des Aktionärs innerhalb seiner Gesellschaft 253)

Die Höhe des Salärs eines Angestellten hängt immer in entscheidender Weise von seiner Stellung innerhalb der Gesellschaft ab. Ausschlaggebend sind dabei insbesondere die hierarchische Eingliederung, die Ausdehnung des zugewiesenen Aufgabenbereichs und das Mass der übertragenen Verantwortung.

Von Bedeutung ist auch, welche Voraussetzungen ein Angestellter, hier also der Aktionär, mitbringt, um die übertragenen Aufgaben zu erfüllen. Demnach sind auch seine Erfahrung, seine Ausbildung und etwa die Zahl der Dienstjahre von Bedeutung, ebenso die geschäftlichen Beziehungen, die ein Aktionär mitbringt.

Nicht unwesentlich ist im übrigen auch der Umfang des vom Aktionär erbrachten Arbeitseinsatzes. Insbesondere gilt es zu berücksichtigen, ob die Tätigkeit im Haupt- oder Nebenberuf ausgeübt wird und wenn letzteres zutrifft, wie stark andere Verpflichtungen den Aktionär absorbieren.

251) Für weiterreichende Ausführungen, siehe: Reimann/Zuppinger/Schärer Bd III N 90 zu § 45; Känzig 1. A N 55 zu Art. 49; Masshardt N 26 zu Art. 49; Ulrich S. 96 ff, mit Verweisung auf die reichhaltige Judikatur; Prym S. 168 ff; Pestalozzi S. 68 ff; Henggeler, in SAC 16, 1943/44, S. 175 ff; Herold, in StR 34, 1979, S. 301 ff.

252) Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels übersetztem Salär, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3 und V, 1.2 betreffend leistender Gesellschaft, sowie: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2 und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär.

253) Pestalozzi S. 68 ff; Ulrich S. 97 f.

2.2. Innerbetrieblicher Lohnvergleich ²⁵⁴⁾

Ein weiterer Massstab zur Beurteilung der geschäftsmässigen Begründetheit des Salärs des geschäftsführenden Aktionärs ist der innerbetriebliche Lohnvergleich.

Primär geht es darum, das Salär des Aktionärs den Salären anderer Angestellten in vergleichbarer Stellung gegenüberzustellen. Zudem hat aber auch ein Vergleich mit Löhnen von Untergebenen zu erfolgen.

Dabei kann es nicht angehen, die Bezüge des Aktionärs auf dem Niveau der übrigen Angestellten einzufrieren. Hier gilt es vielmehr zu berücksichtigen, dass ersterer meist ein bedeutend grösseres Risiko und umfassendere Verantwortung trägt. Für ihn steht Arbeit und Kapital auf dem Spiel und er trägt als "indirekter" Arbeitgeber auch eine soziale Verantwortung für seine Mitarbeiter.

2.3. Salärpolitik der Gesellschaft ²⁵⁵⁾

Zur Beurteilung des dem Aktionär entrichteten Salärs ist auch auf die allgemein praktizierte Lohnpolitik der Gesellschaft abzustellen.

So hängt etwa die Anerkennung einer Lohnerhöhung des Aktionärs in entscheidendem Masse davon ab, ob auch anderen Mitarbeitern in vergleichbaren Umständen eine solche gewährt wird.

Auch die Anerkennung einer Teuerungszulage kann davon abhängig gemacht werden, inwiefern auch Dritte in den Genuss einer solchen kommen.

²⁵⁴⁾ Prym S. 170; Ulrich S. 96 ff.

²⁵⁵⁾ Ulrich S. 99 ff.

Ein spezielles Problem stellen in diesem Zusammenhang die gewinn- und/oder umsatzabhängigen Saläre dar. Diese sind aus steuerlicher Sicht grundsätzlich anzuerkennen, denn solche Lohnformen sind gerade etwa in der Verkaufsbranche weit verbreitet.²⁵⁶⁾ Bei der Beurteilung der Marktmässigkeit ist einerseits die Höhe des zugestandenen Fixums und andererseits die Tatsache zu würdigen, ob auch Dritte in den Genuss solcher Anreize kommen können.

Gleich zu beurteilen sind Salärnachzahlungen, insbesondere wenn sie gewinnabhängig sind. Dabei kann es einerseits nicht angehen, im nachhinein, nach Feststellung des Geschäftserfolges, den gesamten Reingewinn in Form von Salär wieder zu eliminieren. Andererseits muss aber anerkannt werden, dass durchaus ein Bedürfnis bestehen kann, besondere Leistungen im nachhinein speziell zu entgelten. Dabei ist etwa an Gratifikationen und Boni zu denken.

Fragen können auch im Zusammenhang mit der Entrichtung einer Abfindungssumme bei Auflösung des Arbeitsverhältnisses auftreten. Arbeitsverträge höherer Angestellter garantieren oft solche Leistungen, um ein gewisses Lohnniveau auch nach dem Auseinandergehen sicherzustellen. Demnach kann aus steuerlicher Sicht gegen solche Klauseln kein genereller Vorbehalt gemacht werden. Trotzdem dürfte hier eher eine restriktive Praxis angezeigt sein. Im freien Markt ist die Ausrichtung solcher Abfindungssummen nämlich meistens an die Bedingung geknüpft, dass der Arbeitgeber das Arbeitsverhältnis auflöst. Da der geschäftsführende Aktionär jedoch mindestens "indirekt" sein eigener Arbeitgeber ist, handelt es sich hier um eine spezielle Situation.

Unter dem Aspekt der Salärpolitik ist auch die Angemessenheit von Vorsorgeversicherungen zu prüfen, insbesondere

²⁵⁶⁾ Pestalozzi S. 74; Ulrich S. 100 f.

sogenannter "Bel étage" Versicherungen, die regelmässig Versicherungsschutz bieten, der weit über das gesetzlich geforderte Minimum hinausgeht. Auch hier hängt die steuerliche Anerkennung unter anderem davon ab, welcher Versicherungsschutz den übrigen Mitarbeitern gewährt wird. Kommen auch diese in den Genuss eines gut ausgebauten Vorsorgesystems, so ist darin ein starkes Argument zur Rechtfertigung zu sehen. Stehen diese Leistungen jedoch nur dem Aktionär zu, so sind sie eher schwerlich geschäftsmässig begründbar.

2.4. Kontinuität der Bezüge ²⁵⁷⁾

Ein starkes Indiz für die Geschäftsmässigkeit eines Salärs liegt in seiner Konstanz, beziehungsweise seiner kontinuierlichen Entwicklung.

Schädlich ist dagegen ein sprunghaftes Ansteigen, insbesondere wenn dieses allein durch einen höheren Reingewinn motiviert ist und nicht an die Uebernahme neuer Aufgaben anknüpft. Ebenso kann es schädlich sein, wenn das Salär laufend neu angepasst wird und zwar immer parallel zur finanziellen Entwicklung der Gesellschaft. Einschränkend muss jedoch auf die obigen Ausführungen zu den gewinn- und/oder umsatzabhängigen Lohnbezügen hingewiesen werden, wonach sich auch ein heftig schwankendes Salär rechtfertigen lässt.

2.5. Finanzielle Stellung der Gesellschaft ²⁵⁸⁾

Die Salärpolitik jeder Unternehmung wird in entscheidendem Masse von ihrer finanziellen Situation bestimmt. Eine Gesellschaft mit hohem Reingewinn kann es sich eher leisten, Spitzensaläre zu entrichten. Zudem fordern die Geschäfts-

²⁵⁷⁾ Ulrich S. 103 f.

²⁵⁸⁾ Prym S. 170 f; Pestalozzi S. 72; Ulrich S. 101 ff.

fürer solcher Gesellschaften auch hohe Löhne, denn sie sehen den unternehmerischen Erfolg als Folge ihres Wirkens. Dabei darf man aber nicht vergessen, dass gerade auch Gesellschaften, die mit Verlusten arbeiten, an teuren Kaderkräften interessiert sein können, um mit ihrer Hilfe wieder auf Erfolgskurs zu kommen. Demnach kann auch eine solche Situation durchaus ein hohes Salär rechtfertigen. 259)

Neben dem Reingewinn sind auch die Rendite und der Geschäftsumsatz mit in die Betrachtungen einzubeziehen. Dabei fällt auch ins Gewicht, welchen Einfluss die Tätigkeit des Aktionärs auf die Entwicklung dieser Zahlen ausübt. Kann eine Steigerung auf seine Aktivitäten zurückgeführt werden, so lässt sich ein entsprechend höheres Salär rechtfertigen. 260)

Zu berücksichtigen sind im weiteren auch gewisse Kennzahlen. Insbesondere ist dabei das Verhältnis der ausgeschütteten Dividende zu dem dem Aktionär bezahlten Salär von Bedeutung. So können fehlende Dividendenzahlungen als Indiz für ein überhöhtes Salär betrachtet werden, wenn sich ein unabhängiger Kapitalgeber unter den gegebenen Umständen ohne Dividende nicht zufriedengeben würde.

2.6. Vergleich mit den Bezügen eines Personengesellschafters oder Einzelunternehmers 261)

Nach der Umwandlung einer Einzelunternehmung oder Personengesellschaft in eine Aktiengesellschaft stellt sich immer wieder die Frage, ob das neu festzusetzende Salär des geschäftsführenden Aktionärs dem bis anhin erwirtschaft-

259) Pestalozzi S. 74.

260) Pestalozzi S. 74.

261) Ulrich S. 106 f.

teten Reingewinn gleichgesetzt werden könne.

Dies ist gewöhnlich zu verneinen. Der Grund liegt darin, dass sich der dem Personengesellschafter oder Einzelunternehmer zufließende Reingewinn aus drei Komponenten zusammensetzt, dem Salär, dem Eigenkapitalzins und dem Gewinn. Nur der Anteil des Salärs kann demnach problemlos übernommen werden. Erfolgt im Zuge der Reorganisation jedoch eine Erhöhung dieses Betrages, so bedarf dies einer weiteren Begründung.

2.7. Vergleich mit Lohnzahlungen von Konkurrenzunternehmen²⁶²⁾

Die bislang gemachten Ausführungen betrafen allesamt Kriterien, die sich auf die zahlende Gesellschaft selbst oder auf den Aktionär als Lohnempfänger beziehen. Nicht unwesentlich kann aber auch der Vergleich mit Arbeitsentschädigungen von anderen Gesellschaften sein, insbesondere von Branchenkonkurrenten.

Dieser Vergleich muss jedoch unter verschiedenen Vorbehalten stehen. Er ist nämlich nur dann zulässig, wenn die sich gegenüberstehenden Gesellschaften und damit die mit ihrer Geschäftsleitung verbundenen Aufgaben vergleichbar sind. Dies hängt etwa vom Umsatz der beiden Gesellschaften ab, von ihrer Rendite, ihrem Kapital, der Zahl ihrer Angestellten, ihrer Stellung auf dem Markt, der Breite ihrer Führungsspitze, ihrem Verschuldungsgrad, ihrem Standort, dem Stand ihrer Modernisierung und so weiter. Bestehen in bezug auf die genannten Kriterien jedoch massgebliche Differenzen zwischen den Konkurrenzbetrieben, so ist das Resultat des Vergleichs nur noch mit Vorsicht zu genießen, allenfalls ganz ausser acht zu lassen.

²⁶²⁾ Prym S. 170; Ulrich S. 108 ff.

2.8. Umweltfaktoren

Auch Umweltfaktoren können neben den betrieblichen und persönlichen Kriterien einen gewissen Einfluss ausüben.

Besteht zum Beispiel eine hohe Inflation, so lassen sich regelmässige Lohnerhöhungen leicht rechtfertigen. Gleiches gilt dann, wenn etwa von Gewerkschaftsseite her für die Arbeitnehmer Lohnerhöhungen durchgesetzt werden. Der Aktionär soll dann nicht schlechter gestellt sein als die übrigen Arbeitnehmer.

Ebenso kann eine Verhärtung des wirtschaftlichen Klimas Auswirkungen auf die Anforderungen an den Geschäftsführer haben. Müsste dies einem Dritten gegenüber besonders abgegolten werden, so kann es auch dem Aktionär nicht versagt sein, entsprechendes gegenüber sich selbst zu tun.

III. Entnahme von Geschäftsvermögen zu privaten Zwecken 263)

Die zivil- sowie steuerrechtliche Trennung der Aktiengesellschaft von ihren Aktionären bringt es mit sich, dass grundsätzlich jede Entnahme von Gesellschaftsmitteln zur Deckung privater Aufwendungen eines Aktionärs eine verdeckte Gewinnausschüttung darstellt.

Anders kann nur dann entschieden werden, wenn die Leistung der Gesellschaft einer entsprechenden Leistung des

263) Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Entnahme von Geschäftsvermögen zu privaten Zwecken, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3 und V, 1.2 betreffend leistender Gesellschaft, sowie 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2 und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär.

Aktionärs gegenübersteht, oder wenn sie sich etwa mittels einer Gesamtbetrachtung²⁶⁴⁾ rechtfertigen lässt.

Beispiele solcher Entnahmen von Geschäftsvermögen sind recht zahlreich. So gehört etwa die Deckung der allgemeinen Lebenshaltungskosten des Aktionärs durch die Gesellschaft dazu, insbesondere die Ausbildungskosten der Familie, Prämienzahlungen für private Versicherungen²⁶⁵⁾ und Unterhaltskosten des Privatautos. Ebenso sind auch die Uebernahme persönlicher Schulden des Aktionärs dazuzurechnen²⁶⁶⁾, insbesondere das Aufkommen für seine privaten Steuern²⁶⁷⁾, die Verzinsung eines Bankdarlehens, das vom Aktionär zum Zwecke der Liberierung des Aktienkapitals aufgenommen wurde²⁶⁸⁾, der Verzicht auf die statutarisch festgelegte Sacheinlage²⁶⁹⁾, die Uebernahme von Unkostenanteilen einer Einzelunternehmung des Aktionärs²⁷⁰⁾ und nicht zuletzt auch die unentgeltliche Abtretung von Forderungen an den Aktionär²⁷¹⁾,²⁷²⁾

264) Gesamtbetrachtung und ihre Zulässigkeit: siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IX.

265) RB 1980 Nr. 38.

266) ASA 38, 450 ff; ASA 19, 363 ff; RB 1955 Nr. 30; RB 1952 Nr. 28.

267) StR 41, 1986, S. 430 ff.

268) ASA 49, 68 = StR 35, 1980, S. 452.

269) RB 1982 Nr. 73.

270) StE 1985 B 24.4 Nr. 4.

271) ASA 28, 541.

272) Weitere Ausführungen hiezu bei: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 103 zu § 45; Känzig 1. A N 55 zu Art. 49.

IV. Vergütungen im Rahmen von Kaufgeschäften ²⁷³⁾

Auch Kaufgeschäfte zwischen einer Gesellschaft und ihren Beteiligten stellen ein potentielles Feld für verdeckte Gewinnausschüttungen dar. Entsprechend reichhaltig ist denn auch die Praxis. ²⁷⁴⁾ Dabei kommen verdeckte Gewinnausschüttungen im engeren Sinne, wie auch Gewinnvorwegnahmen vor ²⁷⁵⁾, je nachdem ob es sich um eine Ueberfakturierung des Gesellschafters oder um eine Unterfakturierung der Gesellschaft handelt.

Masstab zur Rechtfertigung einer Parteiübereinkunft muss auch hier der Vergleich mit den gängigen Marktpreisen sein. Solange keine ausserordentlichen Umstände vorliegen, haben sich auch Gesellschaft und Gesellschafter an diesem zu orientieren. Dies ändert nur dann, wenn die Parteien für sich eine Sonderstellung geltend machen können, die sie vom übrigen Markt unterscheidet. ²⁷⁶⁾, ²⁷⁷⁾

²⁷³⁾ Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Kaufgeschäften, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3 und V, 1.3 und 1.4 betreffend leistender Gesellschaft, sowie: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2 und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär.

²⁷⁴⁾ Besonders häufig gelangen Fälle von Liegenschafts- sowie Aktienverkäufen an die Gesellschafter vor die Gerichte: zu den Liegenschaftsverkäufen: BGE 105 Ib 84 ff; ASA 44, 384 ff; ASA 44, 549 ff; ASA 25, 189 ff; RB 1976 Nr. 79; StE 1984 B 72. 13. 22 Nr. 3; zu den Wertschriftenverkäufen: ASA 45, 106 ff; ASA 43, 238 ff; ASA 39, 447 ff; ASA 32, 102 ff; ASA 49, 333 (wo es um Optionsrechte ging).

²⁷⁵⁾ Zur Unterscheidung, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.1.1.

²⁷⁶⁾ Weitere Ausführungen zu diesem Titel, siehe: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 100 zu § 45; Känzig 1. A N 57 zu Art. 49; Ulrich S. 119 ff; Prym S. 134 ff; Pestalozzi S. 77 ff; Widmer, in ASA 20, 113 ff.

²⁷⁷⁾ Auf das Problem der Realisation stiller Reserven im Rahmen der Veräusserung von Gesellschaftsaktiven kann hier nicht eingegangen werden: siehe aber: Reich S. 110 ff.

V. Bezahlung von Lizenzen ²⁷⁸⁾

Lizenzverträge, die ein immaterielles Recht zum Gegenstand haben, sind eine häufige Erscheinung des modernen Wirtschaftslebens. ²⁷⁹⁾ Insbesondere stellen sie auch ein ideales Feld für verdeckte Gewinnausschüttungen dar, denn die Bewertung eines Immaterialgüterrechts, die Feststellung seines Marktwertes also, bereitet vielfach grosse Schwierigkeiten.

Die gängigen Formen verdeckter Gewinnausschüttungen bestehen in Lizenzzahlungen der Gesellschaft an den Aktionär, die über dem marktmässig gebotenen liegen oder in der Unterfakturierung für ein dem Aktionär zur Verwertung überlassenes Recht. Zudem bedarf jeweils die Frage einer besonderen Prüfung, ob sich ein vom Aktionär entwickeltes immaterielles Recht, das die Gesellschaft gegen Entgelt übernimmt, auf dem Markt überhaupt verwerten liesse. Ist die Erwerberin nämlich bereit, ein Risiko zu tragen, das sie von einem Dritten nicht übernehmen würde, so stellt auch dies eine verdeckte Gewinnausschüttung dar. ²⁸⁰⁾, ²⁸¹⁾

Zuletzt sei noch auf das Problem der Zahlungen von Lizenzen nach Ablauf einer Patentschutzfrist hingewiesen. Grundsätzlich stellen solche Zahlungen verdeckte Gewinn-

²⁷⁸⁾ Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Lizenzvergütungen, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3. und V, 1.2 und 1.3 betreffend leistender Gesellschaft, sowie 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2. und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär.

²⁷⁹⁾ Zivilrechtlich handelt es sich beim Lizenzvertrag um einen Vertrag sui generis: siehe Troller/Troller S. 142 ff.

²⁸⁰⁾ Weitere Beispiele in ASA 31, 141 ff und ASA 32, 477 ff, wo insbesondere geprüft wurde, ob der Empfängerin von Lizenzzahlungen überhaupt ein Recht am verwerteten Patent zustand.

²⁸¹⁾ Weitere Ausführungen zu diesem Titel, siehe: Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 95 zu § 45; Prym S. 148 ff; Ulrich S. 126 f.

ausschüttungen dar. Nur ausnahmsweise dürfte ein Abweichen von dieser Betrachtung gerechtfertigt sein. ²⁸²⁾

VI. Mietzinsen ²⁸³⁾

Auch Mietverträge eignen sich als Grundlage verdeckter Gewinnausschüttungen und zwar unabhängig davon, ob das Eigentum am Mietobjekt in den Händen des Aktionärs oder der Gesellschaft liegt.

Die Parteien sind auch hier aus steuerlicher Sicht grundsätzlich verpflichtet, die marktmässig üblichen Konditionen einzuhalten. Uebersetzte Entgelte an den Aktionär oder untersetzte Vergütungen an die Gesellschaft sind steuerlich zu korrigieren.

Fehlt es an einem freien Markt als Vergleichsmaßstab, so ist bei der Fixierung des steuerlich akzeptablen Betrages zu berücksichtigen, dass der Mietzins immer einerseits den Wertzerfall des Objektes abzugelten hat, andererseits aber auch einen Zins für das im Mietgegenstand investierte Kapital darstellt. Ebenso gilt es zu beachten, dass sich die Mietzinsberechnung grundsätzlich am Zeitwert des Mietgegenstandes zu orientieren hat und nicht an seinem historischen oder buchmässigen Wert.

In der Praxis treten verdeckte Gewinnausschüttungen in Form von untersetzten Mietzinsen häufig bei Immobiliengesellschaften auf. Anhand dieses Problemkreises hat das Bundesgericht denn auch den wegleitenden, praxisändernden

²⁸²⁾ ASA 34, 211 ff.

²⁸³⁾ Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Mietzinsen, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3 und V, 1.2 und 1.3 betreffend leistender Gesellschaft, sowie: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2 und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär.

den Entscheid "Bellatrix" gefällt. ²⁸⁴⁾ Darin hat es den bereits oben beschriebenen Schritt von der "Soll-" zur "Ist-Besteuerung" gemacht ²⁸⁵⁾ und festgehalten, dass ein Modell zur Berechnung des marktüblichen Mietzinses, das auf einer Minimalrendite des Eigenkapitals aufbaut, aus steuerlicher Sicht nicht akzeptabel sei. Nur der direkte Marktvergleich aus der Sicht des Mieters genüge den gesetzlichen Anforderungen. ²⁸⁶⁾ Dies bedingt auch eine Praxisänderung in bezug auf die Besteuerung von Immobiliengesellschaften mit Luxusobjekten, denn auf die Opfer, die die Gesellschaft sich zugunsten des Aktionärs auferlegt, kommt heute nichts mehr an. ²⁸⁷⁾, ²⁸⁸⁾

284) Alte Praxis: BGr: 102 Ib 166 ff; ASA 45, 591 ff; ASA 45, 417 ff; ASA 30, 473 ff; ASA 28, 395 ff; ASA 25, 498 ff; VGr Kt ZH: ZBl 79, 1978, S. 264 ff.

Neue Praxis: BGE 107 Ib 325 ff = ASA 51, 546 ff = Pra 71, 1982, Nr. 130 = StR 38, 1983, S. 287 ff; Ausführungen hiezu: siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, insbesondere 2.2.

285) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.

286) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 5.1.1.
Konsequent ist es denn auch, wenn das BGr das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung verneint, wenn die untersetzten Mietzinse eine Folge von Richtlinien der Eidg. Finanzverwaltung sind und somit nicht frei vereinbart werden: ASA 51, 538 ff. Ebenso: Bundessteuer RK Kt ZH, in StE 1987 B 72. 13. 22 Nr. 7.

287) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.2 und 5.1.2.

288) Weitere Ausführungen zu diesem Titel, die sich jedoch alle noch auf die alte Praxis beziehen, siehe: Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 96 zu § 45; Känzig 1. A N 55 zu Art. 49; Ulrich S. 122 ff; Prym S. 145 ff.

VII. Darlehensverträge

1. Einführung

1.1. Zivilrechtliche Grundlagen

"Durch den Darlehensvertrag verpflichtet sich der Darleiher zur Uebertragung des Eigentums an einer Summe Geldes oder an anderen vertretbaren Sachen, der Borger dagegen zur Rückerstattung von Sachen der nämlichen Art in gleicher Menge und Güte." 289)

Die Essentialia des Darlehensvertrages sind demnach die Pflicht zur Hingabe und zur Rückübertragung einer vertretbaren Sache, nicht aber die Zinsabrede. Die Pflicht zur Verzinsung wird im kaufmännischen Verkehr jedoch vermutet. 290) Vereinbaren die Parteien einen Zins, so sind sie in der konkreten Ausgestaltung frei. Sie können einen fixen Zinssatz vorsehen, aber auch einen gewinnabhängigen. In diesem letzten Fall spricht man von einem partiarischen Darlehen. Die Parteien können sogar so weit gehen, dass sie den Darlehensgeber zur Tragung eines Verlustes verpflichten. 291)

Wird der Darlehensschuldner zwischen dem Zeitpunkt des Vertragsabschlusses und dem der Aushändigung zahlungsunfähig, so steht dem Gläubiger das Recht zu, ohne weitere Begründung die Aushändigung der Leistung zu verweigern. 292)

289) OR 312.

290) Guhl/Merz/Kummer S. 391 ff.

291) BGE 99 II 303 ff.
Meier-Hayoz/Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 42 ff.

292) OR 316.

Zur Aufhebung eines Darlehensvertrages stehen den Parteien neben den allgemeinen Erlöschungsgründen für Obligationen ²⁹³⁾ vier weitere Möglichkeiten offen: Sie können einen fixen Rückzahlungstermin vereinbaren, eine Kündigungsfrist oder den Verfall auf beliebige Aufforderung hin; beim Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung kann der Darleiher die Rückzahlung innerhalb von sechs Wochen mittels entsprechender Aufforderung jederzeit verlangen. ²⁹⁴⁾

All diese Grundsätze gelten (üblicherweise) auch dann, wenn Aktionär und Aktiengesellschaft Vertragspartner sind. Aus zivilrechtlicher Sicht bedarf ein Darlehensvertrag jedoch dann einer genaueren Betrachtung, wenn dem Darlehen des Aktionärs bei der unterkapitalisierten Gesellschaft kapitalersetzende Funktion zukommt. ²⁹⁵⁾ Zudem werden Darlehensverhältnisse zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft zivilrechtlich problematisch, wenn sie das Verbot der Einlagenrückgewähr verletzen ²⁹⁶⁾, oder wenn die Pflicht zur Rückzahlung, als einem Essentialia des Vertrages, entfällt. Im weiteren ist aus zivilrechtlicher Sicht auf das Problem der Simulation zu verweisen. ²⁹⁷⁾

²⁹³⁾ OR 114 ff.

²⁹⁴⁾ OR 318.

²⁹⁵⁾ Siehe hiezu: von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen S. 547 ff.

²⁹⁶⁾ OR 680 II.
Böckli, in ST 2/80 S. 6 ff; Böckli, in Aktienrechtliches Sondervermögen S. 536 ff.
a.M.: Duss, in ST 2/80, S. 2, der die Möglichkeit der Einlagenrückgewähr ausschliesst.

²⁹⁷⁾ OR 18.

1.2 Steuerrechtliche Grundlagen

Auch hier baut das Steuerrecht auf die oben skizzierten zivilrechtlichen Erkenntnisse auf.

Im Unterschied zum Zivilrecht bestehen jedoch für das Steuerrecht recht klare Richtlinien zur Bestimmung der Grenzen solchen Vorgehens. Diese ergeben sich insbesondere aus den Erkenntnissen der verdeckten Gewinnausschüttung, der Steuerumgehung und der Lehre zur Liquidation²⁹⁸⁾.

2. Beurteilungskriterien

2.1. Darlehenszinsen²⁹⁹⁾

2.1.1. Allgemeines

Auch mittels Darlehenszinsen kann in doppelter Weise der Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung erfüllt werden. Einmal ist dies der Fall, wenn die Gesellschaft als Borgerin dem Aktionär einen Zins erbringt, der über den Marktverhältnissen liegt; zudem, wenn der Aktionär als Borger der Gesellschaft einen Zins entrichtet, der unter dem Marktüblichen liegt.³⁰⁰⁾

Wann im konkreten Fall eine marktkonforme Verzinsung vorliegt, kann nicht generell gesagt werden. Feststeht

298) Auf die Liquidationsproblematik im Rahmen von Darlehensgewährungen an den Aktionär soll weiter hinten eingetreten werden: siehe hiezu: 2. Teil, 5. Kapitel, § 3.

299) Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Darlehenszinsen, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3 und V, 1.2 und 1.3 betreffend leistender Gesellschaft, sowie 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2 und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär. Siehe hiezu ebenso: Rouiller, in ASA 55, 4; Yersin, in ASA 47, 583 f.

300) Ulrich S. 113 ff; Pestalozzi S. 83 ff; Yersin, in ASA 47, 583.

indessen, dass starre Formeln und Schemen hier keine Antwort geben können.

Insbesondere seit dem Entscheid Bellatrix³⁰¹⁾ genügt nur noch eine Praxis, die auf der Individualität des Einzelfalles aufbaut. Eine "Soll-Besteuerung" der Aktiengesellschaft widerspricht den Grundsätzen unserer Steuerordnung. Dies gilt genauso, wenn es um die "Soll-Besteuerung" einer natürlichen Person geht, denn auch diese ist ihrer wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit entsprechend zu besteuern³⁰²⁾. Dies führt uns zum Ergebnis, dass die im Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung vom 12. Dezember 1982 statuierten Zinssätze heute nicht mehr als verbindliche Höchst- und Mindestsätze gelten können, sondern nur noch als sogenannte "safe-haven"-Zinssätze. Dem Einzelnen muss es vielmehr möglich sein, den Nachweis zu erbringen, dass im konkreten Fall vom Kreisschreiben abweichende Zinssätze marktkonform sind.³⁰³⁾ ³⁰⁴⁾

Ganz krass tritt dieses Bedürfnis beim Vorliegen eines partiarischen Darlehens zutage. Die alte Praxis der Eidg. Steuerverwaltung versagt einem solchen Vorgehen generell die steuerliche Anerkennung, soweit der Aktionär die Stellung des Darleihers einnimmt und der Erfolg der Gesellschaft die Entrichtung eines hohen Zinses erlaubt. Ebenso schliesst diese Praxis gewisse Kontokorrentverhältnisse zwischen Gesellschaft und Aktionär aus, insbesondere dann, wenn das Konto beim Aktionär geführt wird und die Verhältnisse diesen zum Schuldner machen.

301) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.2.

Nur eine effektiv erzielte Grösse kann Grundlage zur Besteuerung sein, nicht aber eine bloss erzielbare.

302) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 2, III, 2.

303) Siehe vorne die Ausführungen betreffend Auswirkungen der bundesgerichtlichen Praxisänderung auf die Zinssätze: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 5.2.

Forts. Fussnote

2.1.2. Kriterien im einzelnen

Im Vordergrund muss hier die Frage stehen, ob der Gesellschaft im Verkehr mit einer Bank ähnliche Konditionen wie die zu beurteilenden zugestanden worden wären. Trifft dies zu, so hält die Vereinbarung dem Drittvergleich stand und eine Umqualifikation von Darlehenszinsen in Aktienertrag ist ausgeschlossen.

Vergleichskriterien können sich aber auch aus dem Verkehr mit anderen Instituten ("Nicht-Banken") ergeben. Denn gerade in geschäftlich schwierigen Situationen sind Banken allenfalls nicht mehr bereit, Kredite zu gewähren, währenddem ein Dritter daran interessiert sein kann, venture capital gegen eine entsprechend hohe Gegenleistung zur Verfügung zu stellen.

Im allgemeinen gehen sowohl Banken als auch Dritte bei der Kreditgewährung von einem Sicherheitsdenken aus. Sind die Sicherheiten eines Borgers gering, so ist dies durch einen entsprechend hohen Zins zu kompensieren. Der Darleiher versucht damit, sein eingegangenes Risiko auf einen Kapitalverlust möglichst mit höheren Zinseinnahmen vorweg abzudecken. Demgegenüber kann sich der Darleiher mit einer relativ niedrigen Verzinsung begnügen, wenn er dank entsprechenden Sicherheiten davon ausgehen kann, die gesamte ausgeliehene Summe auch tatsächlich wieder zurückzubekommen.³⁰⁴⁾ Entscheidende Hinweise für oder wider eine verdeckte Gewinnausschüttung können sich auch aus

Forts. Fussnote

304) gl. M.: Ulrich S. 115.

305) Besonderen Schutz bieten dabei bekanntlich Grundpfandverschreibungen. Hypothekarisch gesicherte Darlehen gehören denn auch zu den am niedrigsten zu verzinsenden Krediten.

dem Verhalten der Parteien bei Veränderung des Risikos ergeben, insbesondere wenn ein Darlehensvertrag die Anpassung des Zinssatzes zulässt.³⁰⁶⁾

Im weiteren hängt im Kreditgeschäft die Höhe des Zinses immer auch damit zusammen, ob der Kredit kurz - oder langfristig vergeben wird.³⁰⁷⁾ Sucht ein Borger kurzfristig Kredit, so hat er hiefür gewöhnlich einen höheren Zins zu entrichten, als wenn er als langfristiger Kreditnehmer auftreten würde. Umgekehrt liegen die Verhältnisse, wenn der Darleiher daran interessiert ist, möglichst rasch auf sein hingegebenes Geld greifen zu können. So werden etwa Call-Gelder, die innert Tagesfrist abrufbar sind, tiefer verzinst als Darlehen mit längerer Kündigungsfrist.³⁰⁸⁾

Auch die Motivation, die einen Borger zur Kreditaufnahme führt, wirkt sich auf die Höhe des marktüblichen Zinses aus. Strebt dieser die Vornahme einer Hochrisikoanlage an, ohne im übrigen Sicherheiten für eine ungeschmälerete Rückzahlung zu bieten, so drängt sich die Verabredung eines hohen Zinssatzes auf.³⁰⁹⁾ In die gleiche Richtung ist bei der Vergabe von Klein- oder Konsumkrediten zu gehen.

306) Siehe hiezu auch den Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmen", Ziff. 197.

Es ist aber zu berücksichtigen, dass gerade auch ein Dritter beim Vorliegen besonderer Verhältnisse bereit sein kann, Zinsen zu stunden oder zu erlassen.

307) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 93 zu § 45.

308) Siehe auch: Pestalozzi S. 83 f. Als Beispiel kann hier auch der höhere Zins auf Anlagekonten gegenüber gewöhnlichen Privatkonten bei Schweizer Banken angeführt werden.

309) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 93 zu § 45.
In diese Risikoanalyse ist auch die Frage einzubeziehen, ob der Borger das geliehene Kapital im In- oder im risikoreicheren Ausland investieren will.

Im weiteren dürfen auch hier die internationalen Aspekte nicht ausser acht gelassen werden. So hängt die Höhe eines vereinbarten Zinses immer in entscheidendem Masse von der Währung ab, in welcher das zugrundeliegende Darlehen gewährt wird. Auf Schweizer Franken wird traditionell ein tiefer Zins bezahlt, währenddem etwa US-Dollar-Anleihen regelmässig höher verzinst werden.

Zuletzt sei noch erwähnt, dass auch variable Zinsabreden durchaus der Praxis entsprechen können und demnach auch aus steuerlicher Sicht akzeptiert werden müssten. Gerade in der Aufbauphase einer Unternehmung kann es sich aufdrängen, ihr zinslos Kredit zu gewähren, in der Absicht, sich in späteren Zeiten bei erfolgreichem Geschäftsgang entsprechende Nachzahlungen entrichten zu lassen. ³¹⁰⁾

2.1.3. Unwesentliche Faktoren

Seit dem Entscheid Bellatrix³¹¹⁾ wissen wir, dass es bei der Ermittlung verdeckter Gewinnausschüttungen nicht darauf ankommt, welche Kosten der Gesellschaft als Darleiherin durch die Fremdfinanzierung der Darlehenssumme entstehen. Dementsprechend hat das Bundesgericht in konsequenter Fortentwicklung der im obigen Entscheid genannten Grundsätze entschieden, dass die gewinngarantierenden Sätze des Kreisschreibens der Eidg. Steuerverwaltung vom 28. Dezember 1982 für fremdfinanzierte Vorschüsse an Beteiligte einer näheren Prüfung nicht standhalten. ³¹²⁾

³¹⁰⁾ VGr Kt ZH: ZR 61 Nr. 32 = RB 1961 Nr. 50.

Siehe auch den Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmen", Ziff. 196.

³¹¹⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.2.

³¹²⁾ ASA 53, 84 ff.

Diese Aussage machte das BGr bereits im Entscheid vom 25. November 1983, in ASA 53, 58 als obiter dictum.

Siehe hiezuvorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 5.2.

Nicht die Frage, wie sich eine Aktiengesellschaft finanziert und was sie dafür aufzuwenden hat, entscheidet über das Vorliegen einer verdeckten Gewinnausschüttung. Vielmehr beurteilt sich dies allein aufgrund der Tatsache, ob ein unabhängiger Dritter bei gleicher Sachlage der Gesellschaft zu gleichen Konditionen ein Darlehen ebenfalls gewährt hätte. ³¹³⁾

Ebenso ist nach heute geltender Rechtsprechung ohne Bedeutung, ob der Aktionär die Gesellschaft einer gewinnbringenden Tätigkeit zuführt oder nicht. Liegt letzteres vor, so kann allein darin selbst dann keine verdeckte Gewinnausschüttung gesehen werden, wenn der Aktionär hiermit eigene Interessen verfolgt. ³¹⁴⁾ Entscheidend sind auch hier die Umstände des Einzelfalles und nicht allein die Opfer der Gesellschaft. ³¹⁵⁾ Entsprechen die zwischen Aktiengesellschaft und Aktionär geschlossenen Verträge aber dem Marktüblichen, so sind sie auch steuerlich zu anerkennen, selbst wenn sie für die Gesellschaft ein Verlustgeschäft darstellen. ³¹⁶⁾ Demnach ist es ebenfalls ohne Belang, ob die Gesellschaft beim Aktionär aufgenommenes und verzinsliches Kapital überhaupt zur eigenen Zweckverfolgung braucht. Auch dies betrifft die Frage nach dem Opfer zugunsten des Aktionärs und nicht die des Markvergleichts. ³¹⁷⁾

³¹³⁾ a.M.: Prym S. 141; Ulrich S. 111.

³¹⁴⁾ a.M.: Stockar, in ASA 53, 181.

³¹⁵⁾ Soweit sich eine Gesamtbetrachtung aufdrängt, sind allenfalls verschiedene Geschäfte als Einheit zu betrachten, was aber nichts am genannten Grundsatz ändert.

³¹⁶⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.2.

³¹⁷⁾ a.M.: Ulrich S. 115 f; Pestalozzi S. 85; Pfund Bd I N 3.58 zu Art. 4. Alle diese Aussagen erfolgten aber vor dem Entscheid Bellatrix.

2.2. Darlehensgewährung ³¹⁸⁾

2.2.1. Allgemeines

Im Kreditgeschäft kann nicht nur mittels Zinszahlungen eine verdeckte Gewinnausschüttung bewirkt werden, sondern auch durch die Darlehensgewährung selbst. ³¹⁹⁾

Diese Möglichkeit ergibt sich dann, wenn die Aktiengesellschaft als Darleiherin auftritt und der Aktionär als Borger.

Zur Gewinnausschüttung kommt es, falls der Aktionär den aufgenommenen Kredit überhaupt nicht oder nur teilweise zurückzubezahlen hat, ohne dass ein solcher Schulderlass auch einem Dritten zugestanden würde.

Die Qualifikation dieses Vorganges als Gewinnausschüttung drängt sich bereits aus zivilrechtlicher Sicht auf. Bekanntlich stellt die Rückzahlungspflicht des Darlehensschuldners ein Essentialia des Darlehensvertrages dar. ³²⁰⁾ Entfällt sie, so bedingt dies eine Umqualifikation des Rechtsgeschäftes. Im Verhältnis Aktiengesellschaft - Aktionär führt

uns dies direkt zu den gesellschaftsrechtlich motivierten Kapitalentnahmen, im speziellen zur Gewinnausschüttung.

³¹⁸⁾ Bezüglich der Rechtsfolgen einer verdeckten Gewinnausschüttung mittels Darlehensgewährung, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 3 und V, 1.4, betreffend leistender Gesellschaft, sowie 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, IV, 2 und V, 2 betreffend empfangendem Aktionär. Siehe hiezu ebenso: Pestalozzi S. 88 f; Ulrich S. 112; Yersin, in ASA 47, 584; Rouiller, in ASA 55, 9 f.

³¹⁹⁾ Pestalozzi S. 86 ff; Prym S. 139 ff; Ulrich S. 111 ff; Rouiller, in ASA 55, 7 ff; Yersin, in ASA 47, 584.

³²⁰⁾ OR 312.
Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 3, VII, 1.1.

2.2.2. Kriterien im einzelnen

Der Nachweis einer verdeckten Gewinnausschüttung ist auch bei der Kreditvergabe nur mittels Drittvergleich möglich.

321) Besonders deutlich tritt hier zutage, wie wichtig eine Würdigung der Gesamtumstände ist. Nur so kann ein richtiges Bild gewonnen werden. Dies hat das Bundesgericht denn auch ganz klar in seinem richtungsweisenden Entscheid festgehalten. 322)

Zum Teil decken sich die hier zu berücksichtigenden Kriterien mit denjenigen, die der Beurteilung von Darlehenszinsen dienen, zum Teil gehen sie aber über diese hinaus. 323)

Ausgangspunkt und gleichzeitig zentrales Element der Betrachtungen muss die Frage nach dem Rückforderungswillen der Gesellschaft sein. Grundsätzlich gilt, dass keine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegt, solange die Darleiherin beabsichtigt, ihren Rückforderungsanspruch zu behaupten und sie dessen tatsächliche Durchsetzung nicht bereits durch eigene Unterlassungen vereitelt hat.

Auf einen ursprünglich fehlenden Rückforderungswillen kann insbesondere dann geschlossen werden, wenn die Aktiengesellschaft einen Darlehensvertrag mit einem zahlungsunfähigen Aktionär eingeht und ihn auch tatsächlich

321) Ulrich S. 111; Rouiller, in ASA 55, 7; Rivier, in ASA 54, 19 und 22 f. Versin, in ASA 47, 589.

322) BGE vom 25. November 1983, in ASA 53, 54 ff = StR 39, 1984, S. 553 ff = StE 1984 B 24.4 Nr. 3.

323) Auch der Steuerausschuss der OECD hat in seinem Bericht 1979 betreffend "Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmen", Ziff. 199, Kriterien für den Vergleich von Krediten aufgestellt: - Kredithöhe und Fälligkeit; - Art und Zweck des Kredits; - Kreditwährung oder -währungen; - Wechselkursrisiken des Steuerpflichtigen, der einen Kredit in einer bestimmten Währung vergibt bzw. aufnimmt; - Sicherheiten und Kreditwürdigkeit des Schuldners.

erfüllt, oder wenn sie von ihrem Recht ³²⁴⁾ nicht Gebrauch macht, die Aushändigung zu verweigern, wenn der Borger seit Vertragsabschluss zahlungsunfähig wurde. ³²⁵⁾

Dieser Rückforderungswille kann aber auch erst im Laufe der Zeit untergehen. Hinweise hierauf ergeben sich etwa daraus, dass der Darleiher einer Verschlechterung der finanziellen Verhältnisse des Borgers tatenlos zusieht, obwohl er Mittel zum Eingreifen hätte, wie Kündigungsrecht, Nicht-Erhöhung des Darlehens, Anspruch auf regelmässige Tilgung und so weiter und er damit die gefährdete Forderung retten könnte. ³²⁶⁾, ³²⁷⁾

Gegebenenfalls kommt auch der fehlende Rückzahlungswille des Aktionärs einem Verzicht auf Rückforderung der Gesellschaft gleich. Dies ist dann möglich, wenn ein Gesellschafter, der gleichzeitig Borger ist, innerhalb der Gesellschaft eine dominante geschäftsführende Position einnimmt und die Willensbildung der Darleiherin entscheidend beeinflussen kann.

Bei der Prüfung der Marktmässigkeit ist zudem immer von Bedeutung, welche Sicherheiten ein Borger bieten kann. ³²⁸⁾ Fehlen solche oder sind sie gering, so wird ein Risiko

324) OR 316 I.

325) Ulrich S. 112; Prym S. 139; Pestalozzi S. 87.

326) Prym S. 139; Ulrich S. 113; Pestalozzi S. 87.

327) Bei nachträglich eintretender Zahlungsunfähigkeit des Aktionärs als Schuldner muss aber nicht zwangsweise eine verdeckte Gewinnausschüttung vorliegen. Unternimmt die Aktiengesellschaft als Darleiherin die für die Situation gebotenen Massnahmen, so kann es durchaus dem üblichen Geschäftsverlauf entsprechen, dass sie einen Verlust aus einem Darlehensgeschäft hinnehmen muss. Dieser muss als geschäftsmässig begründet betrachtet werden und stellt nicht Beteiligungsertrag dar.

gl. M.: Pestalozzi S. 87; Ulrich S. 113.

328) Ulrich S. 112; Rouiller, in ASA 55, 8; Yersin, in ASA 47, 584 und Forts. Fussnote

eingegangen, wie man es einem Dritten gegenüber allenfalls nicht tun würde. Das Mass der gewährten Sicherheit kann sich insbesondere aus dem Verhältnis des Darlehens zu den Gesamtaktiven des Aktionärs ergeben, zudem auch aus der Art dieser Aktiven.

Zu beachten gilt es im übrigen auch, wie stark den Borger die Zinsen finanziell belasten. Kann er diese problemlos aus seinen laufenden Einkünften bezahlen, so ist das eingegangene Risiko geringer, als wenn er bereits hiefür auf seine Vermögenssubstanz greifen muss.

Ebenso wirkt sich die Tatsache aus, ob der Borger bereit oder verpflichtet ist, seine Schuld mit regelmässigen Raten zu tilgen oder ob im Gegenteil eine laufende Erhöhung vorgesehen ist, allenfalls ergänzt durch eine regelmässige Novation der Zinsschuld in eine zusätzliche Darlehensschuld.³²⁹⁾

Im weiteren ist jeweils zu prüfen, zu welchem Zweck der Borger Kredit aufnimmt. So ist auf Seite des Darleihers grössere Vorsicht am Platz, wenn es um Konsumkredite geht, als wenn Kredite dem Erwerb von Anlageobjekten oder Grundstücken dienen.

Hinweise auf eine verdeckte Gewinnausschüttung können sich aber auch direkt aus dem Bereich der leihenden Aktiengesellschaft ergeben.³³⁰⁾ Dies ist etwa dann der Fall,

Forts. Fussnote

586 f.

BGr, in ASA 36, 275 ff und ASA 30, 188 ff.

329) Rivier, in ASA 54, 20 f.

Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass auch im allgemeinen Bankverkehr Kontokorrentverhältnisse bestehen, bei welchen die geschuldeten Zinsen immer gleich zum Kapital geschlagen werden. Die weiteren Umstände haben hier zu zeigen, ob es sich um ein steuerlich zu tolerierendes Vorgehen handelt oder nicht.

330) Zur Gesamtheit der zu würdigenden Umstände gehören sowohl solche aus
Forts. Fussnote

wenn das dem Aktionär gewährte Darlehen einen wesentlichen Bestandteil der Gesamtaktiven der leihenden Aktiengesellschaft ausmacht und dadurch die Grundsätze der Risikoverteilung verletzt werden. ³³¹⁾

Vergleichbar ist die Situation, wenn das Verhältnis von Gesamtertrag zu Darlehensertrag ein ungewöhnliches Ausmass annimmt.

Ebenso lässt der Gesellschaftszweck gewisse Rückschlüsse zu. ³³²⁾ Wohl ist davon auszugehen, dass eine Gesellschaft alles vornehmen kann, was ihr Zweck nicht ausdrücklich ausschliesst. ³³³⁾ Trotzdem sind gewisse Grenzen zu beachten, die insbesondere dann erreicht sind, wenn die Verfolgung des wirklichen Zweckes in den Hintergrund tritt und das zweckfremde Darlehensgeschäft eine wesentliche Stellung einnimmt.

Kritisch wird im übrigen das Vorgehen einer Gesellschaft immer dann, wenn sie wohl Gewinne erzielt, aber ganz auf die Ausschüttung einer Dividende verzichtet, stattdessen aber laufend Darlehen an ihre Aktionäre gewährt. ³³⁴⁾

Forts. Fussnote

dem Bereich des Aktionärs, wie auch solche aus dem Bereich der AG. (Rouiller, in ASA 55, 8). Dabei darf aber nicht vergessen werden, dass das Bundesgericht im Fall Bellatrix ausgeführt hat, dass nur die direkten Auswirkungen eines Vorganges auf den Empfänger zur Ermittlung einer verdeckten Gewinnausschüttung massgebend sind, nicht aber etwa die Opfer der leistenden AG (Rivier, in ASA 54, 22).

³³¹⁾ Rouiller, in ASA 55, 9; Rivier, in ASA 54, 21 f.

³³²⁾ Rouiller, in ASA 55, 9.
Zurückhaltend: Rivier, in ASA 54, 23.

³³³⁾ Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 140.

³³⁴⁾ Pestalozzi S. 88.

Im weiteren führt das Bundesgericht³³⁵⁾ in seinem bereits zitierten Entscheid auch das Argument der Simulation auf.³³⁶⁾ Beim Vorliegen eines simulierten Darlehensvertrages schliesst es direkt auf eine verdeckte Gewinnausschüttung.

Dazu muss aber eingewendet werden, dass das Element der Simulation allein nicht unmittelbar dem steuerlichen Tatbestand der verdeckten Gewinnausschüttung gleichgestellt werden kann. Erst wenn unter Würdigung weiterer Umstände weder der Nachweis der Marktmässigkeit noch eine andere Rechtfertigung gelingt, kann einem simulierten Darlehensgeschäft die steuerliche Anerkennung versagt werden.³³⁷⁾

Generell gilt im übrigen, dass das Vorliegen eines schriftlichen Darlehensvertrages den Nachweis des Rückforderungswillens und damit der Marktmässigkeit erleichtert. Das Steuerrecht hat jedoch zu beachten, dass das Zivilrecht keine Formerfordernisse an den Darlehensvertrag stellt. Es wäre demnach nicht zulässig, die steuerliche Anerkennung vom Vorliegen eines schriftlichen Vertrages abhängig zu machen.

Ebenso kann die steuerliche Anerkennung nicht vom Vorliegen bestimmter Einzelabreden abhängen. Unterlassen es die Parteien, sich etwa über Tilgung oder Kündigung zu einigen, so finden die dispositiven Normen des Obliga-

³³⁵⁾ ASA 53, 54 ff, insbesondere S. 58.

³³⁶⁾ Ebenso: Rouiller, in ASA 55, 8 f: er knüpft die Simulation an das Vorliegen folgender Kriterien: fehlende Rückzahlung, fehlender schriftlicher Darlehensvertrag, Kumulierung von Darlehen und Novation des Zinses.

³³⁷⁾ gl.M.: Cagianut, in SAG 4/85 S. 176.

tionenrechts Anwendung. Dies allein genügt aber nicht zum Nachweis einer verdeckten Gewinnausschüttung.³³⁸⁾

VIII. Geldwerte Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen

1. Allgemeines

1.1. Problem

In den bis anhin angeführten Beispielen verdeckter Gewinnausschüttung wurde keine Rücksicht auf die Stellung des Aktionärs genommen. Es verbleibt deshalb die Frage zu prüfen, ob all die gemachten Erkenntnisse auch dann gelten, wenn Aktionär nicht eine natürliche Person ist, sondern eine juristische und die beiden betroffenen Gesellschaften zudem Bestandteil eines Konzerns sind, ihre Verflechtung somit so stark ist, dass sie zu einer wirtschaftlichen Einheit werden.³³⁹⁾

1.2. Lösung des Bundesgerichts

Das Bundesgericht hatte am 28. Oktober 1977 zu entscheiden, ob eine Abschreibung und eine Rückstellung auf einem einer Schwestergesellschaft gewährten Kredit geschäftsmässig begründet seien oder nicht.³⁴⁰⁾

Das Steueramt des Kantons Zürich sowie die Eidgenössische Steuerverwaltung machten geltend, die Steuerpflichtige

³³⁸⁾ gl.M.: Ulrich S. 113.

Prym vertritt jedoch auf Seite 139 f die Ansicht, dass sich die ernstliche Absicht zur Rückzahlung nur beim Vorliegen eindeutiger Vereinbarungen über die Kündigung, Tilgung und Zeitpunkt der Rückzahlung nachweisen lasse.

Aehnlich wie Prym: Pestalozzi S. 88; Rivier, in ASA 54, 21.

³³⁹⁾ Meier-Hayoz/ Forstmoser, Gesellschaftsrecht S. 384 N 22.

³⁴⁰⁾ ASA 48, 64 = StR 33, 1978, S. 527.

hätte sich gegenüber einem unabhängigen Dritten nie in dieser Höhe engagiert. Hiezu wurde argumentiert: "Nur das Interesse der Muttergesellschaft habe die Beschwerdeführerin veranlassen können, ohne irgendwelche Vergütungen die Risiken des in fremder Währung bestehenden Treuhandkredites ... zu tragen." ³⁴¹⁾

Demgegenüber führte das Bundesgericht aus: "Dass eine Tochtergesellschaft ausschliesslich im Interesse der sie beherrschenden Muttergesellschaft handelt, ist jedoch selbstverständlich. Dieser Umstand allein kann noch keine verdeckte Gewinnausschüttung begründen". ³⁴²⁾ Im weiteren machte es geltend, dass der bei der Steuerpflichtigen entstandene Schaden mittelbar von der Alleinaktionärin getragen werde, da sich der Wert ihrer Beteiligung entsprechend reduziere. Das gewählte Vorgehen verhindere nur, dass der Verlust auf dem Kredit bei der Muttergesellschaft sichtbar werde.

1.3. Würdigung der bundesgerichtlichen Ausführungen

Dem Bundesgericht ist zuzustimmen, wenn es ausführt, dass es nicht als absonderlich bezeichnet werden kann, "dass eine von einem Alleinaktionär beherrschte Gesellschaft anders handelt als eine Gesellschaft, die in unabhängiger Weise Interessen einer Mehrzahl von Aktionären zu wahren hat." ³⁴³⁾

Trotzdem ist es weder selbstverständlich noch richtig, wenn eine Gesellschaft ausschliesslich im Interesse ihrer Muttergesellschaft handelt. Zudem ist im Bereich der verdeckten Gewinnausschüttungen unwesentlich, ob eine Muttergesell-

³⁴¹⁾ ASA 48, 69.

³⁴²⁾ ASA 48, 68.

³⁴³⁾ ASA 48, 71.

schaft einen bei der Tochter eingetretenen Schaden mittelbar selbst trägt. Zur Diskussion stand im angeführten Fall die Steuerpflicht der Tochter. Inwiefern ein Verlust bei der Tochter auch Auswirkungen auf die Mutter hat, ist ein anderes Problem. Das schweizer Steuerrecht kennt kein Konzernrecht, das etwa die Konsolidierung verschiedener Gesellschaftsresultate erlauben würde.³⁴⁴⁾ Blickwinkel muss somit immer derjenige der einzelnen steuerpflichtigen Gesellschaft sein, nicht der des Gesamtkonzerns. Auch bei verbundenen Unternehmungen ist deren rechtliche Selbständigkeit zu berücksichtigen. Einer anderen Betrachtungsweise fehlt die gesetzliche Grundlage.³⁴⁵⁾

1.4. Zusammenfassung

Mangels Konzernrecht gelten die oben dargelegten Grundsätze zur verdeckten Gewinnausschüttung auch zwischen verbundenen Gesellschaften.³⁴⁶⁾ Hier finden sie auch besonders häufig Anwendung, ist der Anreiz zu Gewinnverschiebungen zwischen Konzerngesellschaften doch besonders gross³⁴⁷⁾. Es erstaunt denn auch kaum, dass die Steuerbehörden ihr Augenmerk je länger je mehr auf diese Fragen ausrichten. Verrechnungspreise jeder Art stellen bei jeder

344) BGr, in: ASA 53, 286 E 3 bb = Pra 73, 1984, Nr. 257; Pra 72, 1983, Nr. 212; BGE 108 Ib 448 = Pra 72, 1983, Nr. 210; ASA 51, 648 = BGE 108 Ib 37.

345) Zuppinger/Schärrier/Fessler/Reich, Ergbd 2. A § 45 N 106 a.
VGr Kt ZH, in StE 1985 B 72. 13. 22 Nr. 4; ZBl 78, 1977, S. 87 f = RB 1976 Nr. 47 = ZR 75 Nr. 116.

346) Hier wird jedoch nicht darauf eingegangen, welche Steuerfolgen die verdeckte Gewinnausschüttung bei der Aktionärin auslöst. Dies würde über den Rahmen dieser Arbeit hinausgehen.

347) Zu den einzelnen Motiven, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, I, 2.4.2.

Bücherrevision ein zentrales Thema dar. Auch die OECD hat eigens zu diesem Bereich einen Bericht verfasst.³⁴⁸⁾

Zu beachten bleibt jedoch, dass sich aus der Verflechtung zweier oder mehrerer Gesellschaften besondere Tatsachen ergeben können, die aus steuerlicher Sicht zu berücksichtigen sind und die die rechtliche Beurteilung eines Sachverhaltes beeinflussen können.

Ebenso ist zu beachten, dass allein die konzernmässige Verbundenheit zweier Gesellschaften keinen Grund darstellt, an sie strengere steuerliche Anforderungen zu stellen als an unabhängige Gesellschaften.

2. Kriterien zur Bestimmung von Verrechnungspreisen

2.1. Allgemeines

Aus der Tatsache, dass auch im Konzernverhältnis die rechtliche Selbständigkeit der einzelnen Gruppengesellschaften zu beachten ist, folgt, dass Verrechnungspreise zwischen diesen Gesellschaften einem Drittvergleich standhalten müssen. Auch hier gilt es demnach das Prinzip des "dealing at arm's length" zu befolgen.³⁴⁹⁾

Das Hauptproblem liegt nun aber darin, dass bei Leistungen zwischen verbundenen Unternehmen ein Drittvergleich oft gar nicht oder nur mit grösster Schwierigkeit möglich ist, weil es gerade am Vergleichsmarkt zwischen unabhängigen Dritten fehlen kann.

Für diesen häufigen Fall müssen demnach Hilfskriterien erarbeitet werden, anhand welcher eine Leistung bewertet

³⁴⁸⁾ Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmungen".

³⁴⁹⁾ Siehe hiezu vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 3.

wird. Diese Hilfskriterien sollten den Realitäten des freien Marktes möglichst genau entsprechen, damit eine wirklichkeitsgetreue Beurteilung stattfinden kann. Die OECD hat in ihrem Bericht einen Katalog solcher Kriterien aufgestellt. Sie unterlässt es aber nicht, immer wieder darauf hinzuweisen, dass die genannten Richtlinien nur als "... allgemeiner Leitfaden zu verstehen (sind), der Grundsätze darlegt Der Bericht will und kann keine Rechtsregeln bieten, die allen Aspekten des Einzelfalles Rechnung tragen. Es liegt im Wesen des Problems, dass stets die besonderen Verhältnisse des Einzelfalles zu beachten sind." 350)

Diesen Ausführungen der OECD muss bei der Analyse konkreter Fälle ganz zentrale Bedeutung zukommen. Zu prüfen ist ja immer ein Einzelfall. Dieser muss einer korrekten Lösung zugeführt werden. Verallgemeinernde Richtlinien können hiezu nur Anhaltspunkte geben. Letztendlich entscheidend bleibt aber die Individualität des konkreten Sachverhaltes.

Genau diese Erkenntnis lag auch den Erwägungen des Bundesgerichts im Fall Bellatrix zugrunde. Nur eine "Ist-Besteuerung", die auf den Gegebenheiten des Einzelfalles aufbaut, genügt unseren gesetzlichen Grundlagen. 351)

Ueber diesen Grundsatz hat sich aber zum Beispiel die deutsche Finanzverwaltung hinweggesetzt. Diese hat Verwaltungsgrundsätze zur Festsetzung von Verrechnungspreisen bei international verbundenen Unternehmen erlassen. 352) Diese Grundsätze werden starr gehandhabt, in der Meinung, für jeden Fall die richtige Lösung bereit-

350) Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 5.

351) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.2.

352) Bundessteuerblatt 1983, Teil I, S. 218 ff.

zuhalten. Ein solches Vorgehen ist nicht nachahmenswert und widerspricht auch den Empfehlungen der OECD.³⁵³⁾

2.2. Kriterien im einzelnen

2.2.1. Grundsatz

Erste Voraussetzung für das Vorliegen eines ausgewogenen Leistungsverhältnisses ist immer, dass eine Gesellschaft für eine erbrachte Leistung eine Gegenleistung empfängt, die in ihrem Interesse steht und ihr zum Vorteil gereicht. Allenfalls genügt es auch, wenn der Vorteil bloss zu erwarten war, aus vom Vertragspartner unabhängigen Gründen dann aber ausblieb. Das Vorliegen eines "potential benefit" ist es demnach, was die steuerliche Anerkennung einer Leistung in entscheidendem Masse beeinflusst.³⁵⁴⁾

2.2.2. Kriterien der OECD³⁵⁵⁾, ³⁵⁶⁾

2.2.2.1. Warenverkäufe

Der OECD Bericht nennt vier Methoden, anhand welcher beim Warenverkehr festgestellt werden kann, ob sich Leistung und Gegenleistung die Waage halten.³⁵⁷⁾ Es handelt sich dabei um die Preisvergleichsmethode, die Wiederver-

353) Siehe zur Kritik an der deutschen Praxis auch Kögler/Haring, in StR 33, 1983, S. 498 ff.

354) Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 77, 112 und 151.

355) Die folgenden Ausführungen lehnen sich stark an den Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungspreise und Multinationale Unternehmen" an. Bei diesem Bericht handelt es sich übrigens um eine Konkretisierung dessen, was die OECD in ihrem Musterabkommen zur Vermeidung der Doppelbesteuerung des Einkommens und des Vermögens in Artikel 9 Absatz 1 dem Grundsatz nach statuiert hat.

356) Siehe im weiteren auch die Ausführungen bei: Höhn, in StR S. 391 ff; Widmer, in ST 12/1979, S. 2 ff.

357) Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 45.

kaufsmethode (resale-price-minus-Methode), die Kostenaufschlagsmethode (cost-plus-Methode) sowie generell um andere anzuerkennende Methoden, wobei diesbezüglich speziell der Gewinnvergleich und die Nettorendite-Erwartung genannt werden. ³⁵⁸⁾

Die Preisvergleichsmethode, die die genauesten Ergebnisse hergibt, setzt voraus, dass ein freier Markt besteht. Die anderen drei Methoden lassen sich auch ohne solchen anwenden. Sie haben aber alle den Nachteil, dass ihr Gedankengang nicht demjenigen entspricht, wie er bei der Preisgestaltung im freien Markt vor sich geht. Ein Käufer eines Produktes interessiert sich nämlich kaum um die Herstellungskosten beim Verkäufer. Auch schwanken Gewinn sowie Nettorendite erheblich zwischen einzelnen Unternehmungen.

Bleibt man sich aber bewusst, dass die genannten Kriterien bloss Anhaltspunkte für die Prüfung von Verrechnungspreisen darstellen und keine strikten Rechtsregeln, so stellen sie ein taugliches Instrumentarium dar.

2.2.2.2. Patente, Know-how und Warenzeichen

Rechtsgeschäfte zwischen verbundenen Gesellschaften betreffend Immaterialgüter stellen ein immenses Feld für Gewinnverschiebungen dar. Auch im freien Markt ist die Preisgestaltung für die Uebertragung immaterieller Rechte nicht einfach. Es bestehen denn auch kaum Richtlinien, anhand welcher etwa Lizenzen auf ihre Geschäftsmässigkeit hin geprüft werden könnten. So erstaunt es nicht, dass der OECD Bericht den rudimentären "benefit test" zum eigentlichen Massstab zur Ueberprüfung von Leistungen für Immaterialgüter erhebt. Entscheidende Bedeutung kommt somit dem bereits erwähnten Kriterium zu, ob die zahlende Gesellschaft einen tatsächlichen Vorteil aus dem immate-

³⁵⁸⁾ Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 70 ff.

riellen Recht ziehen kann oder mindestens damit rechnen konnte, in den Genuss eines solchen Vorteils zu gelangen. Im weiteren nennt der Bericht als Beurteilungskriterium nur die längerfristige Gewinnentwicklung des Lizenzen zahlenden Unternehmens, sowie die Kosten des Lizenzgebers für die Entwicklung des Schutzrechtes.³⁵⁹⁾ Es wird jedoch auch festgehalten, dass diese beiden Kriterien nicht sehr aussagekräftig sind.

Was verbleibt ist die Tatsache, dass gerade im hier angesprochenen Bereich jeder Einzelfall nur aus sich selbst heraus analysiert und beurteilt werden kann. Allgemein gültige Aussagen lassen sich kaum finden.

2.2.2.3. Dienstleistungen

Im Bereich der konzerninternen Dienstleistungen sind die Aussagen des OECD Berichtes ähnlich vage wie bei den Immaterialgütern. Dies deutet darauf hin, wie schwierig es auch hier ist, allgemeine Richtlinien aufzustellen, die dem konkreten Einzelfall genügen können.

Wesentliche Bedeutung kommt jedoch dem schrittweisen Vorgehen zu, wie es der Bericht verlangt.³⁶⁰⁾ Danach ist in einer ersten Phase festzustellen, um welche Art von Dienstleistung es sich handelt und erst in einer zweiten, welcher Wert dieser Leistung zukommt.

Bezüglich des ersten Schrittes, der Arten von Dienstleistungen, unterscheidet der Bericht zwischen Tätigkeiten, die die Mutter in ihrem eigenen Interesse in der Eigenschaft als Aktionärin ausübt und solchen, die sie eindeutig zum Vorteil anderer Gruppengesellschaften erbringt. Zudem wird noch die Gruppe von Dienstleistungen angefügt, wovon

³⁵⁹⁾ Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 98 ff.

³⁶⁰⁾ Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 149.

sowohl die erbringende, als auch andere Konzernglieder profitieren.³⁶¹⁾ 362)

Anhand des "benefit test" ist auch hier zu eruieren, ob eine Leistung der empfangenden Gesellschaft einen Vorteil einbringt oder nicht.³⁶³⁾ Insbesondere die erste Kategorie von Leistungen, die mit der Verwaltung und Kontrolle der Beteiligung zusammenhängt, genügt diesem "benefit test" nicht. Die damit verknüpften Kosten sind demnach grundsätzlich von der Muttergesellschaft zu tragen.³⁶⁴⁾ Einer speziellen Würdigung bedarf zudem die dritte der genannten Kategorien. Hier muss eine Aufteilung der Kosten auf Mutter und Tochter erfolgen.

Der zweite Schritt besteht in der Bestimmung der Höhe des Entgelts. Nebst dem Drittvergleich empfiehlt der Bericht die "cost-plus"-Methode.³⁶⁵⁾ Die Schwierigkeit, die sich hieraus jedoch ergibt, liegt in der Ermittlung der direkten und indirekten Kosten, die mit einer bestimmten Dienstleistung zusammenhängen.³⁶⁶⁾ Im übrigen ist erneut darauf hinzuweisen, dass dieses Vorgehen den wirtschaftlichen Gegebenheiten kaum gerecht wird, weil der Markt bei der Preisbestimmung nur sehr beschränkt auf die Kosten beim Leistungserbringer Rücksicht nimmt.

361) Bericht OECD, a.a.O., Ziff.145.

362) Andere Autoren unterscheiden etwa folgende drei Bereiche:
Gesellschafter - Dienstleistungen oder Kontrollkosten,
Management - Dienstleistungen,
Marktmässige Dienstleistungen oder Assistenzkosten
Siehe hiezu etwa Haerberli, in ASA 41, 218 f.

363) Bericht OECD, a.a.O., Ziff 151 ff.

364) Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 154.

365) Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 165.

366) Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 165 f.

Gesamtheit muss auch hier festgestellt werden, dass wenig konkrete Kriterien bestehen, anhand welcher sich die Interessenaufteilung einerseits und die Bestimmung des Entgelts andererseits vornehmen lassen. Es kann demnach nur unter Würdigung der konkreten Gesamtumstände eine dem Einzelfall gerecht werdende Lösung gefunden werden.

2.2.2.4. Kredite

Der OECD Bericht behandelt im Abschnitt zu den Krediten speziell das Problem des verdeckten Eigenkapitals und das der Zinssätze. Auf ersteres wird in dieser Arbeit weiter hinten zurückzukommen sein³⁶⁷⁾, letzteres wurde bereits vorne behandelt³⁶⁸⁾. Es kann deshalb auf die entsprechenden Stellen verwiesen werden.

3. Gewinnelement und Verrechnungspreise

3.1. Problem

Werden konzerninterne Leistungen etwa nach der "cost-plus" Methode oder nach dem Drittvergleich bewertet, so wird bei der leistenden Gesellschaft immer ein Gewinnelement einkalkuliert.

Zu prüfen ist jedoch, ob dieses Gewinnelement zwingend zu berücksichtigen ist, oder ob sich aus der Besonderheit eines Konzerns nicht ergeben kann, dass Leistungen zu Kosten, mithin ohne Gewinnaufschlag erbracht werden können.

³⁶⁷⁾ Siehe hinten: 2. Teil, 6. Kapitel.

³⁶⁸⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 3, VII, 2.1.

3.2. Stellungnahme der OECD

Der Bericht der OECD greift das angeschnittene Problem an verschiedenen Stellen auf.³⁶⁹⁾ Tendenziell wird dabei davon ausgegangen, dass ein Gewinnelement einzukalkulieren sei. Die Möglichkeit aber, dass nur die effektiven Kosten weiterbelastet werden, wird nicht ausgeschlossen.

3.3. Würdigung

Die angeschnittene Frage kann nur beantwortet werden, wenn man sich das eigentliche Ziel vor Augen hält, das mit der Kontrolle von Verrechnungspreisen erreicht werden soll. Dabei handelt es sich ja bekanntlich um die Vermeidung der Gewinnverschiebung, um die Sicherstellung eines korrekten Gewinnausweises also.

Uebertragen wir diesen Grundgedanken auf konzerninterne Dienstleistungen, so stellen wir fest, dass es Situationen gibt, in welchen ein Gewinnzuschlag dem angestrebten Ziel gerade zuwiderlaufen würde.

Man denke etwa an folgendes Beispiel. Zwei verbundene Banken zentralisieren aus administrativen Gründen ihre Buchhaltungen bei einer der beiden. Diese ist ansonsten aber ausschliesslich im Bankgewerbe tätig, insbesondere führt sie keine Buchhaltungen für Kunden.

Falls hier die Bank, die die Bücher führt, sich nur die effektiv anfallenden Kosten vergüten lässt und kein Gewinnelement einkalkuliert, kann nicht von einer Gewinnverschiebung gesprochen werden. Bei ihr entstehen Kosten, wofür sie entschädigt wird. Ein Gewinn entgeht ihr aber nicht, denn auf dem freien Markt bietet sie ja keine Buchführung an. Die Alternative besteht demnach nicht in einer Tätigkeit

³⁶⁹⁾ Bericht OECD, a.a.O., Ziff. 108, 119 und 167 f.

mit Gewinn, sondern im Wegfallen dieser Buchführung und der damit verbundenen Kosten. Gleich sieht die Situation bei der zweiten involvierten Bank aus. Die ihr durch die Buchführung üblicherweise direkt anfallenden Kosten werden ihr nun von der mit ihr verbundenen Gesellschaft überbürdet. Indem sie letzterer keinen Gewinnanteil vergüten muss, wird sie aber nicht bereichert, denn ihre Alternative besteht ja darin, die Buchführung selbst zu besorgen. Finanziell sind somit beide Gesellschaften gleich gestellt, wie wenn keine Zentralisierung von Diensten stattgefunden hätte. Aus der Tatsache, dass es der die Bücher führenden Bank nicht möglich ist, auf dem Markt für diese Leistung einen Gewinn zu erzielen, muss demnach folgen, dass von einem Gewinnzuschlag im konzerninternen Verhältnis abzusehen ist. ³⁷⁰⁾

3.4. Fazit

Aus den Konzernstrukturen können sich Situationen ergeben, in welchen sich ein Gewinnelement auf erbrachten Leistungen nicht rechtfertigt. Dies ist grundsätzlich dann der Fall, wenn eine Gruppengesellschaft von einer anderen Dienste bezieht, womit letztere üblicherweise nicht auf dem Markt auftritt, sondern wenn Leistungen erbracht werden, die rein konzernintern motiviert sind.

³⁷⁰⁾

gl.M.: Haeberli, in ASA 41, 218: "Management-Dienstleistungen".
Denkbar ist auch, dass von einem Gewinnzuschlag selbst dann abzusehen ist, wenn die Leistung auf dem Markt mit Gewinn erbracht werden könnte. Auch hier muss analysiert werden, ob effektiv eine Gewinnverschiebung stattfindet, oder ob dies aus der speziellen Situation des Konzerns eben gerade nicht der Fall ist.

4. Die Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft

4.1. Problem

Partnerwerke der Elektrizitätswirtschaft sind Gesellschaften, die von mehreren Unternehmungen zum Zwecke der möglichst günstigen Stromerzeugung gegründet werden.³⁷¹⁾ Typischerweise erbringen sie ihre Leistungen nur ihren Aktionären, nicht aber aussenstehenden Dritten.

Das Motiv der Aktionäre zur Gründung einer separaten Gesellschaft zur Stromerzeugung liegt in der organisatorischen Vereinfachung sowie in der Möglichkeit, die Finanzkraft verschiedener Gesellschaften vereinen zu können.³⁷²⁾

Zwischen dem Partnerwerk und den Partnern besteht regelmässig eine besonders enge Beziehung. Diese ergibt sich aus der gesamten Konzeption der Partnerwerke und aus der gegenseitigen rechtlichen Bindung von Produzent und Abnehmer.

Partnerwerk und Aktionäre schliessen gewöhnlich einen langfristigen Vertrag zur Festlegung ihrer gegenseitigen Rechte und Pflichten ab. Das Partnerwerk verpflichtet sich darin, den produzierten Strom ausschliesslich den Aktionären zu liefern. Auf der anderen Seite garantieren die Aktionäre langfristig, allen erzeugten Strom abzunehmen. Als Entgelt hiefür bezahlen sie nicht einen eigentlichen Kaufpreis, sondern sie tragen sämtliche beim Partnerwerk anfallenden Kosten (Produktionskosten, Abschreibungen, Fremdkapitalzinsen, Steuern ...). Zusätzlich sichern sie dem Partnerwerk einen fixen Gewinn zu, der zur Reservenbildung, sowie zur Dividendenausschüttung ausreicht. Diese Vereinbarung bewirkt, dass das gesamte unternehmerische

³⁷¹⁾ Känzig 1. A N 57 zu Art. 49; Russi S. 48.

³⁷²⁾ Hertig/Raaflaub, in StR 36, 1981, S. 148.

Risiko vom Partnerwerk weg auf die Aktionäre übertragen wird.

Aus steuerrechtlicher Sicht stellt sich die Frage, ob das von den Aktionären erbrachte Entgelt einem marktüblichen Preis entspricht, somit einem Drittvergleich standhält, oder ob das ganze Vorgehen eine verdeckte Gewinnausschüttung zugunsten der Partner bewirkt.

4.2. These der verdeckten Gewinnausschüttung

Insbesondere Kreise aus den stromproduzierenden Kantonen sehen in der Konzeption der Partnerwerke verdeckte Gewinnausschüttungen zugunsten der Abnehmer.

Der Kanton Graubünden hat am 27. Mai 1980 in diesem Zusammenhang sogar eine Standesinitiative eingereicht, mit dem Ziel, bei Partnerwerken eine Gewinnberichtigung zugunsten der Produzenten zu erreichen.

Im weiteren vertritt auch Russi in seiner Dissertation die These der Gewinnverschiebung. Er geht dabei vom Drittvergleich aus und folgert, dass die Partnerwerke ihren Aktionären den Strom zu Konditionen liefern, wie sie dies Dritten gegenüber nie tun würden.³⁷³⁾

Im weitem sieht Russi in der Tatsache der Gewinnlimitierung ein unübliches Verhalten, welches beim Partnerwerk einen Gewinnverzicht bewirke.³⁷⁴⁾ Der ausgewiesene Ertrag gebe nicht die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit dieser stromproduzierenden Gesellschaften wieder.³⁷⁵⁾ Er schlägt denn auch vor, alternative Anknüpfungspunkte

373) Russi S. 76, 86 f, 91, 93, 110, 111, 113, 138.

374) Russi S. 101, 109 f.

375) Russi S. 140, 153, 156.

festzulegen, um auf diesem Weg zu einer korrekten Besteuerung zu gelangen. ³⁷⁶⁾, ³⁷⁷⁾

4.3. Bundesgerichtliche Rechtfertigung der geltenden Konzeption

Das Bundesgericht sieht in der Konzeption der Partnerwerke keine verdeckte Gewinnausschüttung. ³⁷⁸⁾

In seiner Argumentation räumte es jeweils dem langfristigen Vertrag zwischen Aktionären und Partnerwerk und den daraus folgenden gegenseitigen Rechten und Pflichten zentrale Bedeutung ein. Es sieht hierin, besonders in der Absicherung des Partnerwerkes vor jeglichen Verlusten, den entscheidenden Unterschied zu einmaligen Verkaufsgeschäften gegenüber unbeteiligten Dritten. Entsprechend verlangt es im Rahmen eines Drittvergleichs die Prüfung der Frage, ob ein Aussenstehender, bei gleich langer Bindung, bereit gewesen wäre, dem Partnerwerk günstigere Konditionen zuzugestehen. Dabei führt es aus, dass dieser Vergleich anhand der Umstände und Aussichten im Zeitpunkt der Vertragseingehung erfolgen müsse und nicht aus der Retrospektive vorgenommen werden dürfe. Nachträgliche Veränderungen könnten demnach nur beachtet werden, soweit der Vertrag eine Aenderungsklausel enthalte oder falls die Voraussetzungen der *clausula rebus sic stantibus* gegeben seien. Denn ohne Vorliegen solcher Aenderungsmöglichkeiten wäre auch ein unbeteiligter Dritter an einen geschlossenen Vertrag gebunden, worüber sich die Steuerbehörden nicht hinwegsetzen könnten.

³⁷⁶⁾ Russi S. 142 ff.

³⁷⁷⁾ gl.M. wie Russi: Känzig 1. A N 57 zu Art. 49; Widmer, in ASA 20, 134 ff.

³⁷⁸⁾ Siehe insbesondere die BGE vom 13. Juli 1956, in BGE 82 I, 288 ff = ASA 25, 433 ff und vom 21. Juni 1985, in StE 1986 B 72. 13. 22 Nr. 5. gl.M. wie BGr: VGr Kt GR: Entscheid vom 15. Februar 1983, in ZBI 84, 1983, S. 553 ff.

4.4 Würdigung

Eine umfassende Sachverhaltsanalyse führt zum Schluss, dass die These der verdeckten Gewinnausschüttung zu verwerfen und die Praxis des Bundesgerichts zu unterstützen ist.

Die spezifischen Eigenheiten der Situation zeigen, dass die Konzeption der Partnerwerke normalerweise gerade keine Gewinnverschiebung bewirkt, sondern von ausgeglichenen Leistungen und Gegenleistungen ausgeht.

Ganz entscheidende Bedeutung muss dabei dem langfristigen Vertrag zwischen Partner und Partnerwerk zukommen. Hierin verpflichten sich die Abnehmer bekanntlich, während Jahrzehnten die gesamte Stromproduktion zu beziehen. Zudem garantieren sie dem Produzenten immer einen Gewinn.

Als Folge davon trägt das Partnerwerk keinerlei unternehmerisches Risiko mehr. Vielmehr kann es Jahr für Jahr Gewinne akkumulieren und laufend Dividenden ausschütten.

Dem Bundesgericht ist demnach Recht zu geben, wenn es verlangt, dass diese Besonderheiten in einen Drittvergleich einzubeziehen sind. ³⁷⁹⁾

Gerade dies unterlässt aber zum Beispiel Russi. Sein Augenmerk liegt vorwiegend auf der Tatsache der Gewinnlimitierung, worin er ein unübliches Verhalten sieht. ³⁸⁰⁾ Kaum Berücksichtigung findet bei ihm jedoch das Problem der Bindung an langfristige Verträge. Zudem zieht er kaum in Erwägung, dass Leistung und Gegenleistung aus dem Blickwinkel der Vertragsentstehung einander gegenüberzustellen sind und dass die rechtlichen Möglichkeiten zur

³⁷⁹⁾ BGer, in StE 1986 B 72. 13. 22 Nr. 5b.

³⁸⁰⁾ Russi S. 76, 101.

Auflösung eines langfristigen Vertrages beschränkt sind.
381) Ebenso behandelt er kaum die Tatsache der langjährigen Abnahmeverpflichtung sowie die sich aus der gesellschaftsrechtlichen Verbundenheit ergebenden besonderen Folgen. Im übrigen spricht er regelmässig von Stromverkäufen zu Gestehungskosten³⁸²⁾, womit er auch der Gewinngarantie die ihr gebührende Bedeutung abspricht. Zuletzt lässt er auch ausser Betracht, dass die Elektrizitätswerke des Mittellandes mit Rücksicht auf allgemeine Interessen auf eine Gewinnmaximierung verzichten. Dies hat selbstverständlich auch Auswirkungen auf die Gewinnsituation der den Elektrizitätswerken vorgelagerten Stufen, insbesondere der Partnerwerke.

Nur eine Betrachtungsweise aber, die all die von Russi vernachlässigten Komponenten einbezieht, kann dem hier vorliegenden Problem gerecht werden. Eine solche Betrachtungsweise zeigt, dass sich bei Strombezügen von Partnerwerken Leistung und Gegenleistung die Waage halten, die handelnden Parteien somit den Grundsatz des "dealing at arm's length" beachten.

381) Zur Bindung an langfristige Verträge siehe: Imboden, in *Aequitas und bona fides* S. 167 ff; Imboden, in *ASA* 31, 182 f.

382) Russi S. 62, 76, 80, 93, 103, 138.

4. Kapitel: Gratisaktien und Gratisnennwerterhöhung

§ 1: Problem

Gratisaktien entstehen, indem eine Aktiengesellschaft nominales Aktienkapital schafft, ohne hierfür Mittel von aussen zu erhalten. Die Liberierung erfolgt nicht durch den Aktionär, sondern mittels Umqualifikation von Gesellschaftsreserven.¹⁾

Die Gratisnennwerterhöhung unterscheidet sich von der Gratisaktienausgabe lediglich dadurch, dass bei der letzteren neue Beteiligungen geschaffen werden, währenddem bei ersterer bloss der Nennwert bereits bestehender Beteiligungen erhöht wird.

Aus steuerlicher Sicht stellt sich das Problem, ob die geschilderten Vorgänge einkommenssteuerliche Folgen haben oder nicht und wenn ja, wie diese zu qualifizieren sind, wann und in welchem Umfange sie steuerlich zu erfassen sind.

§ 2: Gratisaktien bei der direkten Bundessteuer

1. Praxis

Unter der Herrschaft der direkten Bundessteuer wird die Ausgabe von Gratisaktien als Gewinnanteil aus Beteiligung betrachtet, mithin als Vermögensertrag.²⁾

1) Die Buchung lautet: "Reserven an Aktienkapital".

2) Känzig 2. A N 114 zu Art. 21; Masshardt N 77 zu Art. 21.
ASA 40, 431 ff = BGE 96 I 728 ff; ASA 33, 212 ff; ASA 28, 165 ff; ASA 25, 492 ff; ASA 20, 138; ASA 13, 511.

Zeitlich werden die Gratisaktien mit ihrer Ausgabe erfasst.

³⁾ Umfangmässig ist es der Nennwert der neuen Aktien, der zur Besteuerung gelangt. ⁴⁾

II. Bundesgerichtliche Rechtfertigung

Das Bundesgericht führt in seinen Entscheiden zur Gratisaktienbesteuerung im Bundessteuerrecht eine Vielzahl von Argumenten auf. Eine stichwortartige Auflistung zeigt folgendes Bild:

- der Aktionär erhalte einen Gewinnanteil aus Beteiligung, ⁵⁾
- dem Aktionär werde mittels Gutschrift auf die persönliche Aktienbeteiligung eine Leistung zugewendet, ⁶⁾
- die Aktiengesellschaft greife auf angesammelte Gewinne, ⁷⁾
- Mittel würden der Verfügung der Gesellschaft entzogen, ⁸⁾
- die bisher bestehende blossе Anwartschaft konkretisiere sich durch die Zuteilung eines Gewinnanteils, ⁹⁾
- es finde nicht bloss eine Umbuchung auf der Passivseite statt, ¹⁰⁾
- der Aktionär erhalte eine zusätzliche Beteiligung, ¹¹⁾

³⁾ ASA 40, 433; ASA 33, 214.

⁴⁾ ASA 40, 433; ASA 33, 214; ASA 25, 497.
Känzig 2. A N 121 zu Art. 21.

⁵⁾ ASA 33, 213.

⁶⁾ ASA 40, 434; ASA 33, 213.

⁷⁾ ASA 40, 434; ASA 33, 213.

⁸⁾ ASA 40, 434; ASA 33, 213.

⁹⁾ ASA 40, 434; ASA 33, 213 f; ASA 28, 166; ASA 25, 494.

¹⁰⁾ ASA 40, 433.

¹¹⁾ ASA 47, 345; ASA 40, 434; ASA 33, 214; ASA 28, 166; ASA 25, 494.

- die zusätzliche Beteiligung sei veräußerbar, ¹²⁾
- die Gratisaktienausgabe führe zu einem Mehrwert im Kurs und sei realisierbar, ¹³⁾
- ob eine eigentliche Realisation vorliege oder nicht, sei unwesentlich, ¹⁴⁾
- dass eine Bereicherung des Aktionärs eintrete, sei nicht notwendig, ¹⁵⁾
- ob das neu geschaffene Aktienkapital bis zu einer Liquidation verloren gehen könne, sei ohne Bedeutung, ¹⁶⁾
- ein Mehrwert würde allenfalls nur dann ausbleiben, wenn der Aktionär damit rechnen müsste, dass inskünftig für die alten und neuen Aktien zusammen kein höherer Dividendenbetrag als bisher für die alten Aktien allein zur Ausschüttung gelangen werde, ¹⁷⁾
- der Aktionär erhalte ein Klagerecht zum Schutze des von ihm in der Gesellschaft investierten Kapitals, ¹⁸⁾
- die Erfassung sei auch deshalb gerechtfertigt, weil Eigenkapital im Sinne von Reserven als noch nicht sicher verdient gelte und immer noch ein gewisses Verlustrisiko bestehe, währenddem dieses Verlustrisiko im Zeitpunkt der Gratisaktienausgabe als praktisch ausgeschlossen erscheine, ¹⁹⁾
- eine Verwässerung des bisherigen Anteils finde auch bei jeder Dividendenzahlung statt, sodass die fehlende

12) ASA 47, 345; ASA 40, 434; ASA 25, 494.

13) ASA 28, 167.

14) ASA 25, 495.

15) ASA 40, 433 und 435; ASA 37, 214; ASA 25, 493.

16) ASA 25, 495.

17) ASA 28, 167.

18) ASA 40, 434; ASA 28, 166.

19) ASA 47, 345.

Vermehrung des Vermögens des Aktionärs ohne Bedeutung sei, ²⁰⁾

- eine abweichende Praxis würde zu einem endgültigen Verlust an Steuersubstrat führen, ²¹⁾
- die Materialien zeigten unzweifelhaft, dass diese Praxis gewollt sei, eine Aenderung sei nur über eine Gesetzesrevision möglich. ²²⁾

Zusammenfassend zeigt sich, dass das Bundesgericht seinen Ausführungen die Theorie der Doppelmassnahme zugrundelegt, wonach die Aktiengesellschaft in einer ersten Phase Gewinne an die Gesellschafter ausschüttet, welche von letzterer in einer unmittelbar darauffolgenden zweiten Phase zur Liberierung des neuen Aktienkapitals verwendet werden. Dabei werden Gewinnausschüttung und Liberierung gegenseitig verrechnet, sodass keine Barbeträge fliessen. ²³⁾

III. Kritik der Doktrin an der bundesgerichtlichen Praxis

Die bundesgerichtliche Praxis findet in der Doktrin nur spärlich Anerkennung. So unterstützen Pfund ²⁴⁾ für die Verrechnungssteuer und Borkowsky ²⁵⁾ für die direkte Bundessteuer die dargelegte Argumentation vorbehaltlos. Im

²⁰⁾ ASA 47, 345; ASA 33, 214; ASA 28, 167; ASA 25, 494.

²¹⁾ ASA 25, 496.

²²⁾ ASA 40, 434; ASA 33, 214; ASA 25, 495.

²³⁾ Siehe insbesondere: ASA 40, 433 f; ASA 33, 213 unten.
Känzig 2. A N 114 zu Art. 21; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 247.

²⁴⁾ Pfund Bd I N 3.36 ff zu Art. 4.

²⁵⁾ Borkowsky, in ASA 40, 417 ff.

weiteren befolgt auch Känzig²⁶⁾ diese Praxis, obwohl er ihr gegenüber auch gewisse Zweifel äussert. Der Rest der Lehre lehnt die momentane Praxis ab.

Ein Ueberblick über die vorgebrachten Argumente zeigt folgendes Bild:

- Gratisaktien seien im Couponsteuergesetz ausdrücklich aufgeführt gewesen. Dies sei im Bundesratsbeschluss über die direkte Bundessteuer nicht der Fall. Mangels ausdrücklicher Erwähnung komme eine Besteuerung nicht in Frage, ²⁷⁾
- der historische Wille des Gesetzgebers, die Gratisaktienausgabe steuerlich zu erfassen, komme in der Norm nicht zum Ausdruck, ²⁸⁾
- eine vom Couponsteuergesetz abweichende Praxis sei für die direkte Bundessteuer gerechtfertigt, ²⁹⁾
- die Praxis decke sich nicht mit dem Bundesbeschluss, ³⁰⁾
- der Tatbestand der geldwerten Leistung sei nicht erfüllt, ³¹⁾
- der Aktionär erhalte kein Bargeld, das die Vermögenssubstanz der Gesellschaft vermindere, ³²⁾

26) Känzig 2. A N 114 zu Art. 21.

27) Würth S. 113 f; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 94.

28) Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 257.

29) Würth S. 113; Höhn in SAC 30, 1957, S. 41.

30) Würth S. 124; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 256 ff.

31) Würth S. 124; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 257; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 93 und 95; Gurtner, in ASA 49, 604.

32) Gurtner, in ASA 49, 599 f.

- es fehle an der Realisation, ³³⁾
- es fehle am Uebergang eines Vermögenswertes vom Vermögen der Aktiengesellschaft in das des Aktionärs, ³⁴⁾
- es handle sich um einen Verstoß gegen das Prinzip der Gesamtreineinkommensbesteuerung, ³⁵⁾
- beim Einkommen handle es sich um einen wirtschaftlichen Begriff, an welchen das Steuerrecht gebunden sei, ³⁶⁾
- der Aktionär besitze nach der Gratisaktienausgabe gleich viel wie vorher, ³⁷⁾
- die Gratisaktienausgabe begründe kein neues Recht, ³⁸⁾
- die Ausgabe neuer Aktien vermindere den inneren Wert der bisherigen Aktien, ³⁹⁾
- mit der Gratisaktienausgabe entstehe kein fester Anspruch des Aktionärs, keine vollstreckbare Forderung, ⁴⁰⁾
- es würde keine Anwartschaft zu einem neuen festen Beteiligungsrecht, ⁴¹⁾
- es würden keine bislang frei in der Gesellschaft verfügbaren Mittel zugunsten der Aktionäre gebunden, ⁴²⁾

33) Würth S. 124; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 96; Gurtner, in ASA 49, 604.

34) Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 256 und 259; Kratz, in ASA 49, 292.

35) Catalan, in SAC 37, 1965, S. 95 und 99.

36) Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 252 f.

37) Würth S. 115; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 40; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 96.

38) Würth S. 114; Gurtner, in ASA 49, 600.

39) Blumenstein, in ASA 1, 263.

40) Würth S. 115.

41) Würth S. 114; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Blumenstein, in ASA 1, 264; Kratz, in ASA 49, 296.

42) Würth S. 115; Kratz, in ASA 49, 292; Gurtner, in ASA 49, 600 f.

- die Gratisaktienausgabe stelle gerade das Gegenstück zur Gewinnausschüttung dar, denn Mittel würden hiermit besonders gebunden und dem Risiko des Aktienkapitals ausgesetzt, ⁴³⁾
- die Möglichkeit, dass in Zukunft gesamthaft mehr Dividende ausbezahlt würde, sei im Moment irrelevant, ⁴⁴⁾
- die grössere Marktgängigkeit der Papiere sei irrelevant, ⁴⁵⁾
- die mögliche Steuerfreiheit im Zeitpunkt der Liquidation sei ohne Einfluss, ⁴⁶⁾
- eine Gesellschaftsliquidation bringe den Aktionären meist einen Verlust, ⁴⁷⁾
- die Gleichsetzung der Gratisaktienausgabe mit dem Liquidationsfall sei unzulässig, ⁴⁸⁾
- das gesamte Eigenkapital der Gesellschaft erfahre keine Reduktion, ⁴⁹⁾
- der Vorgang stelle eine blosse Vermögensumstrukturierung dar, aus dem sich kein Nettowertzufluss ergebe, ⁵⁰⁾

⁴³⁾ Würth S. 116; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 255; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Kratz, in ASA 49, 293; Gurtner, in ASA 49, 601.

⁴⁴⁾ Würth S. 116; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 255; Blumenstein, in ASA 1, 265; Gurtner, in ASA 49, 602.

⁴⁵⁾ Würth S. 116; Gurtner, in ASA 49, 602.

⁴⁶⁾ Würth S. 118; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 262; Gurtner, in ASA 49, 604.

⁴⁷⁾ Würth S. 118; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 262; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 92 und 99; Gurtner, in ASA 49, 609.

⁴⁸⁾ Würth S. 124; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 261 f; Gurtner, in ASA 49, 608 f.

⁴⁹⁾ Catalan, in SAC 37, 1965, S. 93.

⁵⁰⁾ Catalan, in SAC 37, 1965, S. 96.

- der Vorgang sei als reine Umbuchung innerhalb der Passiven der Gesellschaft zu betrachten ("Reserven an Grundkapital"), 51)
- die bundesgerichtliche Praxis verletze die Rechtsgleichheit, 52)
- es bestehe ein Widerspruch zwischen der bundesgerichtlichen Behandlung der Gratisaktienausgabe im Zivilrecht und im Steuerrecht, 53)
- die Theorie der Doppelmassnahme zur dogmatischen Begründung der bundesgerichtlichen Praxis sei abzulehnen, 54)
- der ganze Vorgang stelle Kapitalgewinn dar, 55)
- die Gratisaktien seien auch im Zeitpunkt der Liquidation steuerfrei zu belassen, 56)
- die Besteuerung habe im Zeitpunkt der Liquidation zu erfolgen, 57)
- unter dem Tatbestandselement der "Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile" seien nur noch die von den Aktionären eingelegten Anteile zu verstehen, nicht mehr die von der Gesellschaft selbst liberierten, 58)
- für die Neuinterpretation von BdBSt Art. 21 I lit. c in fine sei keine Gesetzesrevision notwendig. 59)

51) Würth S. 98; Cagianut/Höhn § 10 N 38.

52) Catalan, in SAC 37, 1965, S. 100.

53) Wackernagel, in Demokratie und Rechtsstaat S. 250; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 100.

54) Würth S. 116 f; Peyer S. 32; Kratz, in ASA 49, 293; Gurtner, in ASA 49, 590.

55) Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 96.

56) Catalan, in SAC 37, 1965, S. 99.

57) Würth S. 118 und 124; Höhn, in StR 30, 1957, S. 41.

58) Würth S. 119 und 124 f; Böckli, in ASA 47, 53; Höhn, in SAC 30, 1957, S. 41.

59) Würth S. 124; Catalan, in SAC 37, 1965, S. 95.

IV. Würdigung

1. Einleitung

Analysiert man einerseits die oben dargelegten bundesgerichtlichen Erwägungen zugunsten der Gratisaktienbesteuerung im Zeitpunkt ihrer Ausgabe, so zeigt sich, dass insbesondere das Argument der Bindung an den Willen des historischen Gesetzgebers gewichtig ist und einer näheren Prüfung bedarf.

Ein Blick auf die Ausführungen der Doktrin zeigt aber andererseits, dass von dieser Warte aus zahlreiche gewichtige Argumente gegen die bundesgerichtliche Praxis vorgebracht werden. Diese lässt sich demnach nur rechtfertigen, wenn sich ergibt, dass dem historischen Auslegungselement im Rahmen der Gesetzesanwendung etwa gegenüber dem systematischen oder teleologischen Element absoluter Vorrang einzuräumen ist.

2. Bedeutung des Willens des historischen Gesetzgebers

2.1. Allgemeines

Der Bundesrat hat 1940 beim Erlass des Wehrsteuerbeschlusses und insbesondere bei der Neufassung 1944 die Angleichung des Vermögensertragstatbestandes an den parallelen Tatbestand des Couponsteuergesetzes angestrebt. Dabei hat er es jedoch unterlassen, die Gratisaktien expressis verbis als Vermögensertrag in den Gesetzestext des Wehrsteuerbeschlusses aufzunehmen. Im weiteren scheint er ganz allein die Probleme, die sich aus der Angleichung eines Steuertatbestandes aus dem System der Subjektsteuern an einen solchen aus dem System der Objektsteuern ergeben, nicht genau vorhergesehen zu haben. ⁶⁰⁾

⁶⁰⁾ Flüge, in SAC 32, 1960, S. 204.

2.2. Legalitätsprinzip und Auslegungsmethoden

2.2.1. Legalitätsprinzip

Dem Legalitätsprinzip ist im Steuerrecht, als einem Bereich der Eingriffsverwaltung, besondere Beachtung zu schenken. Die Anforderungen an die gesetzlichen Grundlagen sind denn auch besonders streng. Eine Steuer darf nur dann erhoben werden, wenn Steuerobjekt, Steuersubjekt und auch Steuerbemessung aus einem Gesetz im formellen Sinne hervorgehen. ⁶¹⁾

2.2.2. Auslegungsmethoden

Im Steuerrecht gelten die üblichen Auslegungsmethoden. Ausgangspunkt jeder Auslegung ist demnach der Wortlaut. Ergänzend sind teleologische und systematische Elemente zu berücksichtigen. Zudem kann eine Norm entweder aus der Sicht des historischen Gesetzgebers betrachtet werden, oder aber aus zeitgemässer Sicht. ⁶²⁾ Zwischen den genannten Auslegungsmethoden besteht keine Hierarchie, vielmehr stehen sie gleichwertig nebeneinander. Anhand sämtlicher Elemente ist der richtige Sinn des Gesetzes zu eruieren. ⁶³⁾ Dabei ist nicht auszuschliessen, dass die einzelnen Auslegungsmethoden zu je unterschiedlichen Resultaten führen. Sich widersprechende Erkenntnisse können sich insbesondere aus der historischen Auslegung einerseits und der geltungszeitlichen andererseits ergeben. Liegt dies vor, so müssen die verbleibenden Auslegungselemente herbeigezogen werden und der Entscheid zugunsten der einen oder an-

61) Imboden/Rhinow Nr. 113 B; Knapp S. 388 N 1598.

62) Häfelin/Haller S. 25 ff N 74 ff; Vallender S. 31 ff.

63) Häfelin/Haller S. 34 N 107; Vallender S. 55.

deren Lösung hat anhand der Gesamterkenntnisse zu erfolgen.⁶⁴⁾

2.3. Folgerung

Die historische Auslegung des Beteiligungsertragstatbestandes der direkten Bundessteuer zeigt, dass die Ausgabe von Gratisaktien besteuert werden sollte.

Zeitgemässe Erkenntnisse sowie systematische und teleologische Betrachtungen führen jedoch ganz eindeutig zum Schluss, dass die Ausgabe von Gratisaktien keinen Beteiligungsertrag darstellen kann. Die reine Umbuchung von Reserven an Grundkapital hat keinerlei einkommensmässige Auswirkungen auf der Stufe des Aktionärs. Letzterer empfängt nichts, worüber er nun frei verfügen könnte. Die Gratisaktienausgabe bewirkt einzig, dass eine bestehende Beteiligung auf zwei aufgeteilt wird. Dieser Vorgang wird mit der Verwässerungstheorie⁶⁵⁾ denn auch korrekt wiedergegeben. Auch die grammatikalische Auslegungsmethode steht einer solchen Betrachtung nicht im Wege. So lässt sich unter dem Begriff der "Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile"⁶⁶⁾ zwangslos das vom Aktionär selbst eingebrachte Grundkapital verstehen, ohne das von der Gesellschaft liberierte. Schon begrifflich kann ja nur zurückbezahlt werden, was früher einmal einbezahlt wurde.⁶⁷⁾

64) Häfelin/Haller S. 35 N 110.

65) Känzig 2. A N 114 zu Art. 21.

66) BdBSt Art. 21 I lit. c in fine.

67) Im weiteren sei auf die Ausführungen zur Bemessung des steuerbaren Liquidationsgewinnes verwiesen, insbesondere auf die Kritik am Nennwertsystem. Auch dort wurde ja postuliert, unter dem Begriff der "Rückzahlung der bestehenden Kapitalanteile" die Rückzahlung sämtlicher von den Gesellschaftern geleisteten Einlagen zu verstehen: siehe vorne: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5, II, 4.3.2.3.

3. Schlussbetrachtung

Die vorgehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die heutige Praxis zur Gratisaktienbesteuerung im Bereich der direkten Bundessteuer aufgegeben werden sollte. Diese Praxisänderung wäre ein erster Schritt zur Ueberwindung des heute praktizierten, sachfremden Nennwertprinzips. Der Wille des Gesetzgebers steht diesem ersten Schritt nicht entgegen. Es gibt genügend Argumente, um die Steuerfreiheit der Gratisaktien im Zeitpunkt ihrer Ausgabe zu begründen. Das Bundesgericht und die Steuerbehörden verschliessen sich unberechtigterweise dieser Erkenntnis.

§ 3: Gratisaktien im Kanton Zürich

I. Praxis

1. Alte Praxis

Auch im Kanton Zürich vertraten einst Steuer- und Justizbehörden die heute noch im Bund geltende Praxis.⁶⁸⁾ Schon unter der Herrschaft des alten Steuergesetzes kam es jedoch zu Kritik an diesem Vorgehen⁶⁹⁾ und schliesslich zur Praxisänderung⁷⁰⁾.

68) RB 1944 Nr. 18 = ZR 44 Nr. 34 = ZBl 46, 1945, S. 298 ff; RB 1944 Nr. 19; RB 1949 Nr. 17.

69) Siehe Minderheitsantrag in RB 1944 Nr. 18 und in RB 1944 Nr. 19.

70) Steuerfreiheit bei währungsbedingter Bilanzbereinigung: RB 1951 Nr. 13 = ZBl 53, 1952, S. 26 ff.
Neue Praxis unter altem Recht: RB 1952 Nr. 11 = ZR 51 Nr. 183 = ZBl 54, 1953, S. 226 ff.

2. Neue Praxis

Die unter dem alten Recht erfolgte Praxisänderung wurde unter der Herrschaft des neuen Rechts beibehalten, jedoch unter den Vorbehalt gestellt, dass die Ausgabe betrieblich begründet sei.⁷¹⁾ Sie kann heute als gefestigt betrachtet werden.⁷²⁾ Die Begründung stützt sich auf die oben dargelegten Argumente gegen die Besteuerung der Gratisaktien im Zeitpunkt ihrer Ausgabe.⁷³⁾

II. Erfassung der Gratisaktien im Liquidationsfall

1. Allgemeines

Interessanterweise wurde die Frage, wie die steuerfrei ausgegebenen Gratisaktien im Falle einer Liquidation zu besteuern seien, bis heute von den zürcherischen Steuerjustizbehörden nicht entschieden.⁷⁴⁾ Dies wohl deshalb, weil erfolgreiche Gesellschaften kaum liquidiert werden und bei nicht erfolgreichen (sprich bankrotten) nichts mehr zu besteuern ist. So ist vorderhand ungewiss, welche Steuerfolgen an die Auszahlung von unentgeltlich liberiertem Aktienkapital geknüpft werden.

71) RB 1959 Nr. 8 = ZR 59 Nr. 133 = ZB1 61, 1960, S. 250 ff; RB 1974 Nr. 32 = StR 30, 1975, S. 220 f = ZB1 76, 1975, S. 216 ff.
Zuppinger/Schärrier/Fessler/Reich, Ergbd 2. A N 45a zu § 19 lit. c+d.

72) Zur Entwicklung der Rechtsprechung siehe auch: Reimann/Zuppinger/Schärrier Bd II N 44 ff zu § 19 lit. c+d.

73) Siehe vorne: 2. Teil, 4. Kapitel, § 2, III.

74) Zuppinger/Schärrier/Fessler/Reich, Ergbd 2. A N 54b - 55b zu § 19 lit. c+d.

2. Möglichkeiten

Es bestehen drei Möglichkeiten zur steuerlichen Erfassung der Gratisaktien im Liquidationsfall.

Erstens können die Gratisaktien den übrigen Beteiligungen gleichgestellt werden. Damit gelangt ihr Nennwert steuerfrei an die Aktionäre.

Dogmatisch setzt dies voraus, dass man den gesetzlichen Tatbestand der "Rückzahlung des Kapitals" im Sinne des gesamten Nominalkapitals versteht, unabhängig davon, wer dieses Kapital aufgebracht hat.

Der Vorteil dieser Lösung liegt in der veranlagungstechnischen Einfachheit und in der steuerlichen Erleichterung zugunsten des Aktionärs. Der Nachteil besteht im Steuerausfall für den Fiskus, da diese Praxis es dem Steuerpflichtigen erlauben würde, potentiell steuerpflichtiges Ausschüttungssubstrat über die Schaffung von Gratisaktien zu steuerfrei rückzahlbarem Nennwert umzuwandeln. Hierzu ist jedoch zu berücksichtigen, dass der Fall, bei welchem eine Gesellschaft ohne Schaden der Aktionäre liquidiert wird und ein Steuervorteil überhaupt Platz greifen könnte, äusserst selten ist. Diesem Argument kann somit in der Diskussion um die Gratisaktienbesteuerung nur eine untergeordnete Bedeutung zukommen.

Zweitens können die Gratisaktien im Liquidationsfall als Vermögensertrag erfasst werden. Dies setzt voraus, dass der Tatbestand der "Rückzahlung des Kapitals" eng verstanden wird und nur das Kapital erfasst, das von den Gesellschaftern selbst eingebracht wurde.⁷⁵⁾

⁷⁵⁾ Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2. A N 54b - 55b zu § 19 lit. c+d.

Die Problematik dieser Lösung ist veranlagungstechnischer Art. Die Gratisaktien müssten nämlich ausdrücklich als solche gekennzeichnet werden, damit die Steuerbarkeit ihres Nennwertes im Liquidationsfall festgestellt werden kann. ⁷⁶⁾

Der Vorteil einer solchen Regelung bestünde in der Rechtsgleichheit gegenüber den Aktionären, die den Nennwert ihrer Aktien selbst aufgebracht haben. ⁷⁷⁾

Es scheint wahrscheinlich, dass sich die zürcher Verwaltungs- und Justizorgane heute dieser Variante anschliessen würden. ⁷⁸⁾

Drittens besteht die Möglichkeit, den gesamten Liquidationsvorgang dem Bereich der Kapitalgewinne zuzuordnen, wie dies der Verfasser dieser Arbeit tut. ⁷⁹⁾ Dann spielt die Unterscheidung in Aktien, deren Nennwert von der Gesellschaft aufgebracht wurde und in solche, deren Nennwert vom Aktionär liberiert wurde, keine Rolle mehr. Nach der heute im Kanton Zürich für Aktien im Privatvermögen geltenden Ordnung, bliebe der ganze Vorgang steuerfrei, bei Aktien im Geschäftsvermögen käme die übliche Differenzberechnung zwischen Erwerbspreis und Liquidationserlös zum Zuge.

76) Die Steuerbarkeit interessiert neben dem Fiskus auch einen Käufer solcher Beteiligungen.

77) Die hin und wieder vertretene Ansicht, die Steuerbarkeit des Nennwertes der Gratisaktien könnte auch garantiert werden, indem "... bei der Liquidation jedem Mitgliedschaftspapier anteilmässig nur jener Wert als Rückzahlung bestehender Kapitalanteilsrechte angerechnet wird, der sich aus den durch die Gesellschafter eingebrachten Vermögenswerten ergibt" (Würth S. 119) muss abgelehnt werden. Hiermit würde ein Teil der Steuerlast ungerechtfertigterweise auf Aktionäre übertragen, die den Nennwert ihrer Aktien selbst aufgebracht haben. Die angesprochene Rechtsgleichheit wäre damit gerade nicht erreicht.

78) Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2. A N 45a zu § 19 lit. c+d.

79) Siehe vorne: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5, II, 3.2.4.

5. KAPITEL: Transponierungs- und Liquidationsfälle

§ 1: Problem

Weder im Bund noch im Kanton Zürich ist die Gesamteinkommensbesteuerung vollständig verwirklicht. Beide Steuerordnungen lassen bekanntlich einerseits die privaten Kapitalgewinne unbesteuert und arbeiten andererseits mit dem sachwidrigen Nennwertprinzip¹⁾, was in der Dogmatik auch als objektives System bezeichnet wird.²⁾

Demgegenüber wenden beide Steuerordnungen im Bereich des Geschäftsvermögens das in sich geschlossene subjektive System an, das auf den Vermögensstandsgewinn abstellt und Beteiligungserträge wie auch Kapitalgewinne erfasst.

Aus dem Nebeneinander dieser zwei unterschiedlichen Systeme können sich dann Steuerprobleme ergeben, wenn ein Wechsel von einem System ins andere stattfindet.³⁾

Aus naheliegenden Gründen haben die Steuerbehörden dem Wechsel vom objektiven zum subjektiven System spezielle Aufmerksamkeit geschenkt, denn mit ihm lässt sich die wirtschaftliche Doppelbelastung mildern oder gar beseitigen, soweit es gelingt, potentiell es Ausschüttungssubstrat einer Gesellschaft als steuerfreien Kapitalgewinn zu realisieren.⁴⁾

Um den Verlust dieses Steuersubstrates zu vermeiden, ist unter der Federführung der Eidgenössischen Steuerverwaltung und mit dem Segen des Bundesgerichts eine äusserst

1) Zur Kritik hiezu siehe vorne: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5, II, 4.3.2.

2) Flüge, in SAG 32, 1960, S. 201 ff.

3) Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 117 f; Locher S. 216 ff; Gurtner, in ASA 49, 584 ff.

4) Der umgekehrte Fall, bei welchem sich eine Dreifachbelastung ergeben kann, wird demgegenüber stillschweigend hingenommen.

weitgehende, problematische Auslegungspraxis zum Beteiligungsertragstatbestand entstanden, welche dogmatisch einerseits mit der Transponierungstheorie und andererseits mit der Teilliquidationstheorie begründet wird.

§ 2: Transponierungstheorie

I. Entwicklung der Rechtsprechung

1. St.Galler Fall von 1967 ⁵⁾

Dem St.Galler Fall von 1967 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Alleinaktionär einer reserveträchtigen und ertragsstarken Betriebsgesellschaft gründete eine Holdinggesellschaft. Die zur Liberierung des Aktienkapitals notwendige Liquidität verschaffte sich der Aktionär mittels Bankkredit. Unmittelbar nach der Gründung verkaufte er der Holding sämtliche Aktien seiner Betriebsgesellschaft zum Verkehrswert. Letztere brachte den Kaufpreis zum Teil in bar auf, zum Teil gegen Kontokorrentschuld.

Den Barbetrag verwendete der Aktionär zur Rückzahlung seines Bankkredites. Die Betriebsgesellschaft intensivierte in der Folge ihre Gewinnausschüttungen an die Holding.

Das Bundesgericht hatte damit zum ersten Mal Gelegenheit, ausdrücklich zum Problem der "Einbringung von Beteiligungen in eine eigene Holdinggesellschaft" Stellung zu nehmen.

In Uebereinstimmung mit den kantonalen Instanzen entschied es, das dargelegte Verhalten erfülle die Voraussetzungen der Steuerumgehung.

5) ASA 37, 43 ff = BGE 93 I 722 ff.

Das Bundesgericht begründete seinen Entscheid insbesondere damit, dass es am sachlichen Bedürfnis für die Aktienübertragung gefehlt habe und dass der Verkauf dem angestrebten Ziel völlig unangemessen gewesen sei. Der ganze Vorgang hätte nur im Dienste der Steuerersparnis gestanden.

2. Zürcher Fall von 1973 ⁶⁾

Mit dem Zürcher Fall von 1973 legte das Bundesgericht den Grundstein zur Entwicklung der Transponierungs- und Teilliquidationspraxis. Folgender Sachverhalt stand zur Beurteilung:

Eine natürliche Person beherrschte verschiedene Gesellschaften. Zusätzlich gründete sie eine Holdinggesellschaft mit einem Aktienkapital von Fr. 100'000.--. Anschliessend übertrug sie innerhalb weniger Jahre ihre Beteiligungen auf die Holding zu einem Anrechnungswert von insgesamt Fr. 2 Mio. Der Kaufpreis wurde nicht in bar entrichtet, sondern jeweils als zinsloses Darlehen dem Aktionär gutgeschrieben. Insbesondere eine der eingebrachten Gesellschaften erhöhte in der Folge ihre Dividenden, was der Holding erlaubte, im gleichen Rhythmus die Schuld gegenüber ihrem Aktionär abzutragen.

Entgegen der Ansicht der Eidgenössischen Steuerverwaltung, des Steueramtes des Kantons Zürich und der Rekurskommission des Kantons Zürich erkannte das Bundesgericht nicht auf Steuerumgehung wie beim St.Galler Fall, sondern es wandte den Beteiligungsertragstatbestand direkt an. Es erfasste den Differenzbetrag zwischen Anschaffungswert und Einbringungswert der die Dividenden abwerfenden

⁶⁾ ASA 42, 393 ff.

Beteiligung als steuerbaren Vermögensertrag im Sinne von BdBSt Artikel 21 I lit. c. ⁷⁾

Dabei stellte das Bundesgericht in seinem Entscheid vorab fest, dass die Frage der Steuerumgehung nur subsidiärer Natur sei und primär die Möglichkeit der direkten Rechtsanwendung zu prüfen sei. Im Rahmen dieser direkten Rechtsanwendung entwickelte es dann die Theorie des "konzernrechtlichen Verfügungsgeschäfts". Zwar führte es dabei aus, dass die Einbringung eines Aktivums durch den Gesellschafter gegen Gutschrift nicht generell eine geldwerte Leistung darstelle. Von BdBSt 21 I lit. c wollte es aber solche Gutschriften erfasst sehen, "... die zum Ziele haben, in Zukunft in Form von steuerfreien 'Darlehensrückzahlungen' Mittel aus Gesellschaften zu ziehen, die der gleiche Aktionär eingebracht hat." ⁸⁾

Gerade als solchen Vorgang betrachtete es die Einbringung einer Beteiligung in eine ebenfalls vom Aktionär beherrschte Gesellschaft gegen Gutschrift, denn, so führte es aus, es handle sich hierbei nicht um einen gewöhnlichen Verkauf, "... sondern um ein Rechtsgeschäft eigener Art, ein konzernrechtliches Verfügungsgeschäft, durch das der Aktionär die Art und Weise der Beherrschung der beiden Gesellschaften umgestaltet" ⁹⁾. Es betonte jedoch ausdrücklich, dass dann keine Steuerpflicht ausgelöst werde, wenn die Einbringung der Aktien nicht gegen Gutschrift, sondern gegen neue Aktien, mithin gegen Nennwert erfolge, "...

7) Das Bundesgericht diskutierte bereits damals die Frage, ob das Abstellen auf den Anschaffungswert gerechtfertigt sei. Es liess es damals bei dieser Praxis bewenden, weil dies dem Antrag der Steuerbehörden entsprach und es keine reformatio in peius vornehmen wollte.
Siehe aber hinten die neue Praxis: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, III, 2.3.3.

8) ASA 42, 397 f.

9) ASA 42, 398.

denn dann handelt es sich lediglich um einen Umtausch von Beteiligungsrechten. Wird aber eine Forderung begründet, so erhält er einen selbständigen geldwerten Anspruch, der als Gutschrift im Sinne von Art. 21 Abs. 1 lit. c letzter Satz WStB zu werten ist." ¹⁰⁾

Es erfasste den Vorgang demnach nicht als Kapitalgewinn, denn seiner Ansicht nach ist der Begriff der Veräusserung im Sinne von BdBSt Art. 21 I lit. d wirtschaftlich, nicht rechtlich zu verstehen und beim zu beurteilenden Sachverhalt habe man es wirtschaftlich gerade nicht mit einer Veräusserung, sondern mit einer blossen Umstrukturierung des Vermögens des Aktionärs zu tun.

Ergänzend führte das Bundesgericht aus, dass der Tatbestand des Beteiligungsertrages im Sinne von BdBSt Art. 21 I lit. c auch ohne Entreicherung der Gesellschaft erfüllt sein könne. Ebenso bedürfe es keiner Bereicherung des Aktionärs, was bereits aus der Rechtsprechung zu den Gratisaktien hervorgehe.

3. Berner Fall von 1975 ¹¹⁾

Mit dem Berner Fall von 1975 fand eine entscheidende Ausdehnung der mit dem Zürcher Fall eingeleiteten Praxis statt. Zudem verwendete das Bundesgericht in diesem Fall zum ersten Mal den Begriff der "Transponierung".

Der zu beurteilende Sachverhalt gestaltete sich folgendermassen:

Ein Steuerpflichtiger gründete als Alleinaktionär eine Holdinggesellschaft mit einem Grundkapital von Fr. 4,9 Mio. Gemäss Sacheinlagevertrag übertrug der Gründer Beteili-

¹⁰⁾ ASA 42, 398.

¹¹⁾ ASA 43, 588 = BGE 101 I b 44.

gungen an verschiedenen Betriebsgesellschaften im Gesamtwert von Fr. 5,026 Mio. auf die Holding. Hievon dienten Fr. 4,9 Mio. der Liberierung des Aktienkapitals, für den Rest erhielt der Aktionär eine Gutschrift. Eine Dividendenmanipulation fand beim ganzen Vorgang nicht statt.

Die Bundessteuerbehörde erfasste die Differenz zwischen Erwerbspreis und Einbringungswert der verschiedenen Beteiligungen als steuerbaren Beteiligungsertrag.

Die kantonale Rekurskommission demgegenüber wollte, unter Verweisung auf die bundesgerichtlichen Erwägungen zum Zürcher Fall, nur den Betrag besteuern, der nicht auf Grundkapital, sondern gegen Gutschrift eingebracht wurde.

Das Bundesgericht entschied im Sinne der Bundessteuerbehörde und gegen die kantonale Rekurskommission. Dabei griff es gleich zu Beginn seiner Ausführungen das bereits bekannte Argument auf, der Begriff der Veräusserung gemäss BdBSt Art. 21 I lit. d sei wirtschaftlich und nicht rechtlich zu verstehen. "Wenn der Aktionär seine Aktien an eine ihm gehörende Gesellschaft überträgt, hat man es wirtschaftlich nicht mit einer Veräusserung von Beteiligungsrechten zu tun, sondern mit einer Umstrukturierung des Vermögens des Aktionärs. Die Beteiligung bleibt dem die Aktien an eine eigene Gesellschaft "verkaufenden" Aktionär erhalten, nur übt er seine Rechte inskünftig nicht mehr direkt, sondern durch die Holdinggesellschaft aus. ... Es rechtfertigt sich, die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne auf die Fälle effektiver Veräusserung von Vermögenswerten zu beschränken und die blosse juristische Umgestaltung der Eigentumsverhältnisse auch dann nicht als Veräusserung zu betrachten, wenn rechtlich ein Kauf oder Tausch vorliegt, indem Aktien vom bisherigen Aktionär auf

eine (ihm gehörende) Holdinggesellschaft übertragen werden." 12)

Im weiteren distanzierte sich das Bundesgericht von seinem ganz klaren obiter dictum aus dem Zürcher Fall, wonach die Aktieneinbringung dann steuerfrei sei, wenn sie gegen Nennwert und nicht gegen Gutschrift erfolge.

Im übrigen hat es die Entreichung der betroffenen Gesellschaft als Voraussetzung für das Vorliegen einer geldwerten Leistung erneut unter Verweisung auf die Gratisaktienbesteuerung verneint. Zudem führte es aus, dass es als folgerichtig erscheine, "... dass nicht nur die effektive Auszahlung von Gewinnanteilen als geldwerte Leistung erfasst wird, sondern auch die 'Verschiebung' eines Vermögenswertes aus dem Bereich der nicht zum Grundkapital gehörenden eigenen Mittel (Reserven, gespeicherte Gewinne), die lediglich als steuerbarer Ertrag dem Aktionär zufließen können, in den Bereich des Grundkapitals oder der Darlehensschulden; ... obschon weder die auf die Holding übertragenen Betriebsgesellschaften noch die Holding selber durch die Festsetzung des Uebernahmepreises und die Modalitäten seiner 'Bezahlung' entreichert worden sind, hat der Beschwerdeführer A.M. sich bei dieser Umstrukturierung seiner Beteiligung doch in wehrsteuerrechtlich relevanter Form konkrete Ansprüche verschafft, indem er Fr. 374'500.-- aus den Reserven in die Kategorie der wehrsteuerfrei rückzahlbaren Passiven (Grundkapital, Darlehen) transponierte." 13), 14)

12) ASA 43, 591.

13) ASA 43, 593 f.

14) Das BGr schliesst seine Erwägungen mit der Bemerkung, das im Zürcher Fall genannte obiter dictum betreffend Einbringung von Aktien in eine eigene Holding gegen Bezug von Aktien sei "... dahin zu präzisieren, dass die im Zuge einer solchen Umstrukturierung vorgenommene Erhöhung der nominellen Kapitalanteilsrechte des Aktionärs - ähnlich wie die
Forts. Fussnote

4. Zürcher Verwaltungsgerichtsentscheid vom 27.10.1982 ¹⁵⁾

Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erhielt die Gelegenheit, zur Problematik der Transponierungstheorie Stellung zu nehmen. Es sah dabei keinen Anlass, bei der Anwendung des kantonalen Rechts von der Rechtsprechung des Bundesgerichts zum Bundessteuerrecht abzuweichen. Materiell stützte das Verwaltungsgericht seinen Entscheid auf zwei Hauptargumente.

Das eine Argument bestand in der Verneinung der These, wonach eine steuerbare Gewinnausschüttung immer eine Verminderung des Eigenkapitals der ausschüttenden Gesellschaft verlange, das andere in der Behauptung, dass der ganze Vorgang eine blosser Umstrukturierung und keine Veräusserung darstelle, woraus folge, dass kein privater Kapitalgewinn vorliege.

Diese Argumentation zeigt, dass sich das Verwaltungsgericht nicht nur hinsichtlich des Ergebnisses an das Bundesgericht gehalten hat, sondern auch hinsichtlich der Begründung.

Forts. Fussnote

Ausgabe von Gratisaktien - als aus den Beteiligungsrechten fliessende geldwerte Leistung zu erfassen ist." (=ASA 43, 594).

Dass das BGr hier von einer Präzisierung spricht, erstaunt. Es handelt sich vielmehr um eine völlige Abkehr vom einst Gesagten.

¹⁵⁾ RB 1982 Nr. 59.

5. Erster Transponierungsfall zweier Zürcher Brüder

5.1. Der Mehrheitsaktionär ¹⁶⁾

Ein Fall zweier Brüder gab den Zürcher Steuerjustizbehörden und dem Bundesgericht Gelegenheit, die Transponierungstheorie als solche zu bestätigen. Gleichzeitig fand eine erneute Ausdehnung der bisherigen Praxis in zweifacher Hinsicht statt.

Strittig war folgender Sachverhalt:

Im Rahmen einer konzernmässigen Umstrukturierung verkaufte der Hauptaktionär der obersten Konzerngesellschaft eine Beteiligung an einer nachgeordneten Holdinggesellschaft an eine weitere konzerninterne Betriebsgesellschaft, an welcher er auch direkt beteiligt war. Der Kaufpreis, der den Nominalwert der übertragenen Aktien um einiges überstieg, wurde dem Hauptaktionär von der kaufenden Betriebsgesellschaft auf seinem Aktionärsdarlehenskonto gutgeschrieben.

Kurze Zeit nach dieser Transaktion schritt die erwerbende Gesellschaft zu einer Kapitalerhöhung. Der Hauptaktionär beteiligte sich in einem bestimmten Umfang hieran, wobei sein Liberierungsbetrag seinem Aktionärsdarlehenskonto belastet wurde.

Die Steuerbehörden erfassten die Differenz zwischen dem Nominalwert der übertragenen Aktien und der auf dem Aktionärsdarlehenskonto erfolgten Gutschrift als steuerbaren Vermögensertrag.

¹⁶⁾ BGE betreffend die direkte Bundessteuer:
StE 1986 B 24.4 Nr. 6 = ASA 55, 206 ff; StR 41, 1986, S. 93 ff.
Gleich wie das Bundesgericht entschied auch das Zürcher Verwaltungsgericht für die Zürcher Staatssteuer: StE 1987 B 24.4 Nr. 10.

Einsprache und Beschwerde vermochten nichts an dieser Veranlagung zu ändern, ebensowenig die Verwaltungsgerichtsbeschwerde an das Bundesgericht. Das Bundesgericht setzte sich in der Begründung seines Entscheides erneut mit der Abgrenzung von Kapitalgewinn und Vermögensertrag auseinander. Es machte geltend, die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne sei nicht extensiv zu interpretieren und demzufolge nur auf eigentliche Veräusserungen, im wirtschaftlichen Sinne verstanden, anzuwenden. Daraus schloss es, wie in früheren Entscheiden, dass die vorliegende Aktienveräusserung bloss eine Umstrukturierung des Vermögens des Aktionärs darstelle und dass "... eine Verschiebung eines Vermögenswertes aus dem Bereich der nicht zum Grundkapital gehörenden eigenen Mittel (Reserven, gespeicherte Gewinne), die lediglich als steuerbarer Ertrag dem Aktionär zufließen können, in den Bereich des Grundkapitals oder der Darlehensschulden ..."

17) eine geldwerte Leistung darstelle.

Im weiteren setzte sich das Bundesgericht auch mit der in der Doktrin vorgebrachten Kritik an dieser Praxis auseinander, wobei es besonders auf den Vorwurf der fehlenden gesetzlichen Grundlage einging.

Diesem Vorwurf begegnete es mit dem Hinweis auf die vom Gesetzgeber gewollte wirtschaftliche Doppelbelastung und der Formalisierung des gesetzlichen Vermögensertragstatbestandes. Hieraus schloss das Bundesgericht, dass der Normzweck es geradezu erforderlich mache, diese Fälle als geldwerte Leistungen zu erfassen. Diese Rechtsprechung beruhe auf einer teleologisch-steuersystematischen Auslegung von BdBSt Art. 21 I lit. c.

Nach diesen grundsätzlichen Ausführungen schritt das Bundesgericht zu einer doppelten Praxiserweiterung. Zum

17) StE 1986 B 24.4 Nr. 6 b.

einen wandte es die Transponierungstheorie an, obwohl der steuerpflichtige Aktionär nicht Alleinaktionär der erwerbenden Gesellschaft war. Es begründete diesen Schritt mit der Tatsache, dass es ausgeschlossen sei, "... dass Erträge oder Liquidationsüberschüsse aus der übertragenen Beteiligung in der übernehmenden Gesellschaft dem Hauptaktionär wirtschaftlich entgehen und den Mitaktionären zugute kommen ..." ¹⁸⁾ könnten. Zum anderen wandte es die Transponierungstheorie an, obwohl es sich bei der erwerbenden Gesellschaft um eine Betriebsgesellschaft und nicht um eine reine Holdinggesellschaft handelte. Diesen Schritt begründete es mit der Tatsache, dass der Beteiligungsabzug gemäss BdBSt Art. 59 auch hier Anwendung finde und damit eine unterschiedliche Behandlung von Betriebs- und reinen Holdinggesellschaften nicht gerechtfertigt sei.

5.2. Der Minderheitsaktionär ¹⁹⁾

Im oben beschriebenen Fall war neben dem Mehrheitsaktionär dessen Bruder als Minderheitsaktionär an der obersten Konzerngesellschaft beteiligt. Auch dieser nahm an der konzerninternen Umstrukturierung teil und verkaufte derselben Betriebsgesellschaft wie sein Bruder Anteile von derselben Holdinggesellschaft. Im Unterschied zu seinem Bruder war er jedoch nicht direkt an der erwerbenden Gesellschaft beteiligt.

Die Steuerbehörden erfassten die Differenz zwischen Nennwert der eingebrachten Aktien und Verkaufspreis als steuerbaren Vermögensertrag. Diese Veranlagung wurde auch im Einspracheverfahren geschützt.

¹⁸⁾ StE 1986 B 24.4 Nr. 6 c.

¹⁹⁾ Nicht publizierter Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich vom 21. Dezember 1982.

Die Bundessteuerrekurskommission des Kantons Zürich war dann jedoch anderer Meinung. Sie schützte die Beschwerde des Steuerpflichtigen, indem sie verneinte, dass dieser die übernehmende Gesellschaft beherrsche. Die Beherrschung könne auch nicht im Zusammenwirken des Minderheitsaktionärs mit dem Mehrheitsaktionär gesehen werden, denn der Steuerpflichtige sei fortan vom Willen seines Bruders abhängig. Ergänzend wurde noch angefügt, dass allenfalls anders entschieden werden könnte, wenn mehrere Minderheitsaktionäre zusammenwirkten.

Die Zürcher Steuerbehörden liessen es bei diesem Entscheid bewenden und verzichteten auf die Anrufung des Bundesgerichtes, in der Annahme, kaum Erfolgchancen zu haben. Heute scheint beim Zürcher Steueramt jedoch eine andere Meinung vorzuherrschen. Man ist der Ansicht, dass das Bundesgericht auch im hier vorgelegenen Fall selbst für den Minderheitsaktionär im Hinblick auf das Zusammenwirken mit dem Mehrheitsaktionär ein Beherrschungsverhältnis bejaht hätte.²⁰⁾

6. Zweiter Transponierungsfall zweier Zürcher Brüder²¹⁾

Parallel zum oben beschriebenen Fall beschäftigte die zürcher Steuer- und Justizbehörden eine zweite Umstrukturierung, in die zwei Brüder involviert waren.

Zu beurteilen war folgender Sachverhalt:

Zwei Brüder kauften von ihrem Vater sämtliche Aktien einer Gesellschaft zum Verkehrswert. Bruder A übernahm 50.2 %, Bruder B 49.8 % der Anteile. Der Kaufpreis wurde beiden

20) Diese Ausführungen machte Herr Gnehm, Chef der Einschätzungsabteilung 5 des kantonalen Steueramtes Zürich anlässlich einer Veranstaltung der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer vom 19. Januar 1987 in Zürich.

21) StE 1984 B 24.4 Nr. 1.

Brüdern von der zu erwerbenden Gesellschaft mittels Darlehen zur Verfügung gestellt, wobei sich die Gesellschaft im entsprechenden Umfange bei einer Bank verschuldete.

Kurze Zeit später gründeten die beiden Brüder eine Zuger Holdinggesellschaft, wobei Bruder A 51 %, Bruder B 49 % der Aktien übernahm. Dieser verkauften sie die von ihrem Vater erworbenen Aktien. Der Kaufpreis wurde ihnen nicht in bar entrichtet, sondern mittels Schuldübernahme gegenüber der übertragenen Gesellschaft.

Der Steuerkommissär erfasste die Differenz zwischen dem Nominalwert der auf die Holding übertragenen Aktien und dem Erlös als steuerbaren Vermögensertrag. Die Bundessteuer-Rekurskommission reduzierte den steuerbaren Betrag auf die Differenz zwischen Anschaffungskosten und Erlös.

In der Begründung des Entscheides hielt sich die Bundessteuer-Rekurskommission an die bereits dargelegten bundesgerichtlichen Argumente, insbesondere an das des konzernrechtlichen Verfügungsgeschäftes. Ebenso wurden die bundesgerichtlichen Grundsätze zur Berechnung des steuerbaren Ertrages angewandt, was zur teilweisen Gutheissung der Beschwerde führte.

Ebenfalls mit einem Hinweis auf die bundesgerichtliche Praxis wurde das Problem der fehlenden Alleinherrschaft des Steuerpflichtigen an der übernehmenden Gesellschaft erledigt. Insbesondere wurde ausgeführt, dass die bundesgerichtliche Praxis keine Alleinherrschaft verlange, sondern bloss die Beherrschung der die Aktien erwerbenden Gesellschaft. Dieses Erfordernis sah die Rekurskommission zwar nicht direkt erfüllt, doch führte sie aus, es sei "... zu berücksichtigen, dass sämtliche Transaktionen im Zusammenwirken mit dem einzigen Mitaktionär, nämlich seinem Bruder, erfolgten, ... Unter diesen Umständen liegt es

aber auf der Hand, die beiden Brüder gemeinsam als 'Beherrscher' der AG zu betrachten ...". 22)

II. Doktrin

1. Allgemeines

Die bundesgerichtliche Transponierungstheorie löste in der Doktrin heftigste Reaktionen aus. Dabei besteht die einhellige Meinung, dass die eingeleitete Praxis verfehlt sei. Anhänger der Transponierungstheorie finden sich nur im Lager der Steuerbehörden und Justiz.

2. Kritiker der Transponierungstheorie

2.1. Känzig

Känzig hat als erster sowohl auf den Zürcher als auch auf den Berner Fall reagiert. Beide Entscheide hat er einer harten Kritik unterzogen, wobei seine Ausführungen im Vorwurf der fiskalischen Betrachtungsweise gipfelten. 23)

Materiell macht Känzig in seiner Kritik zum einen geltend, dass Steuerverwaltungs- und Steuerjustizbehörden an den gesetzlichen Willen, private Kapitalgewinne steuerfrei zu belassen, gebunden seien. Zudem führt er aus, dass eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, die sich über die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse hinwegsetze, unserem Steuerrecht fremd sei.

22) StE 1984 B 24.4 Nr. 1 c.

23) Zum Zürcher Fall: ASA 42, 527 ff.
Zum Berner Fall: ASA 44, 1 ff.
Zum Zürcher Verwaltungsgerichtsentscheid vom 27.10.1982: ASA 53, 682.
Generelle Kritik an der Transponierungstheorie: Känzig 2. A N 51 zu Art. 2 und N 113 zu Art. 21.

Im weiteren führt er aus, dass eine geldwerte Leistung im Sinne von BdBSt Art. 21 I lit. c eine entsprechende Entreichung der leistenden Gesellschaft voraussetze. Die gegenteilige bundesgerichtliche Aussage müsse abgelehnt werden. Hieran ändere auch die Verweisung auf die Praxis zu den Gratisaktien nichts, denn diese Praxis sei umstritten und nicht unanfechtbar.

Eingehend legt Känzig zudem dar, dass die zu beurteilenden Sachverhalte Kaufverträge darstellten und keine gesellschaftsrechtlichen Geschäfte. Die bundesgerichtliche Praxis sei zwar steuerwirtschaftlich im Endergebnis richtig, sie lasse sich aber nicht mit dem Willen des Gesetzgebers vereinbaren. Die einzige Lösung zur Eindämmung dieser steuereinsparenden Massnahmen sieht Känzig denn auch in der Erfassung dieser Vorgänge als Steuerumgehung.

2.2. Böckli ²⁴⁾

Böckli hat nebst der Kritik an der Transponierungstheorie auch den Versuch unternommen, diese Praxis zu verstehen.

Er sieht den Ausgangspunkt der Entwicklung der Transponierungstheorie im sachlich verfehlten Nennwertprinzip. Eine erste Weiterung dieses Nennwertprinzips erkennt Böckli in der Gratisaktienbesteuerung, die zweite in der Transponierungstheorie. Diese zweite Weiterung führt nach seiner Ansicht dazu, dass Art. 21 I lit. c BdBSt einen neuen Inhalt erhalten habe. "Dort steht nun - zufolge Auslegung - die folgende Norm: 'Wer den latenten Steueranspruch des Staates durch Neuschaffung von Nennwert vereitelt, wird im entsprechenden Umfange sofort besteuert.'" ²⁵⁾ Damit sei BdBSt Art. 21 I lit. c zu einer Ergebnisnorm umqualifiziert: "... nicht mehr der 'Gewinnanteil' allein ist steuerbar,

24) ASA 47, 31 ff.

25) Böckli, in ASA 47, 53.

sondern jeder Vorgang, der das Ergebnis hat, durch strukturelle Aenderung den Anteil der virtuell steuerneutralen Entnahmen zulasten des Anteils der virtuell steuerbaren Entnahmen zu erhöhen." ²⁶⁾ Der virtuelle Steuervorteil werde zur geldwerten Leistung, womit sich auch erklären lasse, dass das Bundesgericht die Entreichung der Gesellschaft als Kriterium der geldwerten Leistung ablehne.

Ogbleich Böckli eine gewisse Konsequenz in der Entwicklung der Rechtsprechung sieht, hält er ganz klar fest, dass das Bundesgericht mit seiner Transponierungstheorie das Recht nicht mehr ausgelegt, sondern fortentwickelt hat, und dass diese Fortentwicklung sich nicht wirtschaftlich, sondern nur fiskalisch erklären lasse.

2.3. Höhn ²⁷⁾

Höhn kommt im Rahmen der Steuerumgehung und der Problematik der rechtsstaatlichen Besteuerung auf die Transponierungstheorie zu sprechen. Dabei erkennt er, dass Steuerumgehungen vielfach bereits durch eine teleologische Auslegung verhindert werden können. Diese teleologische Auslegung dürfe jedoch nicht den Rahmen des Gesetzes sprengen.

Genau diesen Vorwurf erhebt er aber gegenüber der Transponierungstheorie. So wirft er dem Bundesgericht zum einen Methodendualismus vor, zum anderen die Umdeutung von Kapitalgewinn in Vermögensertrag. Höhn sieht in der dargelegten Praxis einen fiskalisch motivierten Auslegungskniff, der den Sinn des Gesetzes in sein Gegenteil verkehre.

²⁶⁾ Böckli, in ASA 47, 54.

²⁷⁾ ASA 46, 145 ff.

2.4. Ryser ²⁸⁾

Auch Ryser kann sich der bundesgerichtlichen Praxis nicht anschliessen. Ähnlich wie Böckli sieht er den ersten Schritt hin zur heutigen Praxis im Nennwertprinzip, den zweiten in der Gratisaktienbesteuerung und den dritten in der Transponierungstheorie.

Dabei beginnt Rysers Kritik bereits beim Nennwertprinzip. Er sieht darin einen grundsätzlichen Widerspruch zu unserem Einkommenssteuersystem. Hierauf aufbauend verwirft er auch die Gratisaktienbesteuerung, denn die Gratisaktienausgabe stelle bloss eine Umdisposition des Vermögens dar, nicht aber eine Bereicherung des Aktionärs. Konsequenterweise verlangt auch er für das Vorliegen einer geldwerten Leistung eine Entreicherung der Gesellschaft, welche bei den Transponierungsfällen jedoch gerade fehlt. Seine Schlussfolgerung besteht im Vorwurf: "... parce qu'on refuse simplement d'appliquer la loi dans la mesure où elle déclare non imposable des plus-values réalisées." ²⁹⁾

2.5. Scherrer ³⁰⁾

Scherrer sieht das Hauptproblem der neuesten bundesgerichtlichen Tendenzen darin, dass diese nur noch auf einem einzigen Auslegungselement basieren, dem teleologischen. Die Ergebnisse aller anderen Elemente bleiben demgegenüber seiner Ansicht nach unberücksichtigt.

Diese Vorgehensweise ist Scherrer aber zu schmal. "Der Bundessteuer-Gesetzgeber hat sich eben nicht nur bewusst für die steuerliche Doppelbelastung der juristischen Per-

28) Ryser, in *Réflexions* S. 680 ff.

29) Ryser, in *Réflexions* S. 683.

30) ASA 55, 15 ff.

sonen und der Inhaber der gesellschaftlichen Beteiligungsrechte entschieden, sondern sich ebenso bewusst für die Steuerfreiheit der privaten Kapitalgewinne ausgesprochen." 31)

So wirft Scherrer dem Bundesgericht vor, "... in der Systematik die umfassende Reineinkommenssteuer über die darin ebenfalls enthaltenen Ausnahmen und in der Zielsetzung die steuerliche Doppelbelastung von Kapitalgesellschaft und Anteilseigner über die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne gestellt" 32) zu haben.

2.6. Bühler 33)

Auch Bühler kritisiert die bundesgerichtliche Praxis. Er wirft dem Bundesgericht vor, so zu tun, wie wenn sich die Transponierungstheorie logisch aus dem Gesetz deduzieren lasse. Dabei stelle die teleologische Auslegung eine Wertung dar. Hiermit werde BdBSt Art. 21 I lit. c aber "... über den zulässigen Rahmen hinaus gedehnt" 34). Das Bundesgericht strebe mit seinem Vorgehen eine Aenderung des Rechtszustandes an, es habe einen neuen Steuertatbestand geschaffen.

Bühler sieht die korrekte Erfassung der Einbringungsfälle in der Behandlung als Kapitalgewinne, wobei Missbräuche als Steuerumgehung zu behandeln seien.

31) Scherrer, in ASA 55, 24.

32) Scherrer, in ASA 55, 24.

33) Bühler S. 273 ff.

34) Bühler S. 277.

2.7. Vallender

Vallender setzt sich sehr differenziert mit sämtlichen Aspekten der Transponierungstheorie auseinander. Er analysiert den gesetzlichen Vermögensertragstatbestand anhand der verschiedenen Auslegungselemente und kommt zum Schluss, dass der bundesgerichtlichen Praxis eine hinreichende gesetzliche Grundlage fehle. Vielmehr sieht er in dieser Praxis eine steuertatbestandsausdehnende Ergänzung des Gesetzes.³⁵⁾

Vallender legt in seinen Ausführungen besonderes Gewicht auf die Ergebnisse der historischen Auslegung, was er mit der Bedeutung des Legalitätsprinzips im Steuerrecht begründet.³⁶⁾ Diese historische Auslegung schliesst seiner Ansicht nach aber die bundesgerichtliche Praxis gerade aus.³⁷⁾ Auch er tritt demnach dafür ein, die Einbringungsfälle als steuerfreie Kapitalgewinne zu erfassen.

2.8. Locher

Auch Locher kritisiert die bundesgerichtliche Transponierungstheorie. Zum Verständnis seiner Ausführungen ist es jedoch wesentlich zu wissen, dass er nur beim Nennwertgewinn von Transponierung spricht und nicht beim Darlehensrückzahlungsgewinn.³⁸⁾

Seine Kritik beruht auf zwei Pfeilern: einmal verwirft er die bundesgerichtliche These des konzernmässigen Verfügungs-

35) Vallender S. 269.

36) Vallender S. 205.

37) Vallender S. 211 ff.

38) Locher S. 220 FN 281.

geschäfts, dann die, dass BdBST Art. 21 I lit. c keine Entreichung der Gesellschaft verlange.³⁹⁾

Im weiteren plädiert er dafür, Transaktionen nicht isoliert zu betrachten, sondern im Gesamtzusammenhang zu würdigen.⁴⁰⁾

3. Anhänger der Transponierungstheorie

3.1. Dubs⁴¹⁾

Von den Anhängern der Transponierungstheorie hat sich Dubs am ausführlichsten zu Wort gemeldet. Dies erstaunt eigentlich kaum, hat er doch selbst als Bundesrichter die hier diskutierte Praxis beeinflusst.⁴²⁾

Seine Ausführungen konzentrieren sich im wesentlichen auf die Abgrenzung und Charakterisierung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise einerseits und der Steuerumgehung andererseits. Hierauf wird später zurückzukommen sein.

Im weiteren setzt er sich kurz mit dem Berner Fall und der von Känzig geäußerten Kritik auseinander. Dabei geht er davon aus, dass "Begriffe wie 'Veräusserung' und 'Verwertung' ... in erster Linie wirtschaftliche Vorgänge"⁴³⁾ um-

39) Locher S. 221 f.

40) Locher S. 222.

41) Dubs S. 569 ff.

42) Das Bundesgericht zitiert zur Stützung seiner Transponierungs- und anderer Vermögensertragsfälle immer wieder die hier zu diskutierenden Ausführungen von Dubs.
Dieses Vorgehen ist sehr problematisch. Das Bundesgericht zitiert damit nämlich indirekt sich selbst, erweckt aber den Anschein, als ob es eine unabhängige Meinung aus der Doktrin beiziehen würde.

43) Dubs S. 580.

schreiben. "Anhaltspunkte für eine rein zivilrechtliche Interpretation bestünden nicht." ⁴⁴⁾

Dann stellt Dubs die rhetorische Frage, ob aus BdBSt Art. 21 I lit. d abgeleitet werden könne, "der nicht buchführungspflichtige Aktionär dürfe sich irgendwelche Leistungen aus seinen Beteiligungen wehrsteuerfrei zufließen lassen, sofern es ihm gelinge, dies zivilrechtlich in Form eines Gewinnes beim 'Verkauf' von Aktien an ihm gehörende juristische Personen zu bewerkstelligen?" ⁴⁵⁾. Seine Antwort auf die gestellte Frage besteht in einem Nein. Ergänzend fügt er an, dass eben nur eigentliche Veräusserungen steuerfreie Kapitalgewinne sein sollen. So lasse sich BdBSt Art. 21 I lit. c zwanglos auf den Fall anwenden, bei welchem der Aktionär im Zuge der Bildung einer Holding unter Beibehaltung des Eigentums an den Beteiligungen in den Betriebsgesellschaften vorhandene Werte mittels Gutschrift oder auf andere Weise realisiere.

3.2. Banderet ⁴⁶⁾

Banderet verzichtet auf eine dogmatische Analyse der Transponierungsfälle. Er beschränkt sich vielmehr auf die Darstellung der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sowie ihrer Auswirkungen auf die Praxis der Bundessteuerbehörden. Er sieht die Transponierungstheorie als scharfe Waffe der Steuerbehörden, "... die es ihnen erlaubt, gegen die drohende Aushöhlung des Steuersubstrates einzuschreiten ..." ⁴⁷⁾, wobei der schwierige Nachweis der Steuerumgehung nicht mehr erforderlich sei.

⁴⁴⁾ Dubs S. 580.

⁴⁵⁾ Dubs S. 580.

⁴⁶⁾ Banderet, in StR 36, 1981, S. 383 ff.

⁴⁷⁾ Banderet, in StR 36, 1981, S. 388.

Im weiteren gibt Banderet einen Einblick in die Haltung der Eidgenössischen Steuerverwaltung zum Erfordernis der Beherrschung der die Beteiligung erwerbenden Gesellschaft. Daraus wird ersichtlich, dass aus behördlicher Sicht auch beim Zusammenwirken mehrerer Minderheitsaktionäre eine Beherrschung gegeben sein kann.

Als Ausweg aus der ganzen Transponierungsproblematik nennt Banderet die Variante der Einbringung auf Reserven. "Bis zum Nominalwert bzw dem höheren Anschaffungswert der Beteiligung darf die Sacheinlage über Kapitalkonto eingebucht oder einem Kreditorenkonto des Aktionärs gutgeschrieben werden. Wird die Beteiligung zu einem höheren Wert eingebracht, so muss der Mehrbetrag auf ein Reservekonto (idR Agioreserve) verbucht werden." ⁴⁸⁾

Ganz generell sieht er in der dargelegten Praxis keinen fiskalischen Beutezug. Vielmehr attestiert er ihr einen ausgesprochen defensiven Charakter. Sie diene bloss der Vermeidung der Ausnützung von Gesetzeslücken und unterbinde Massnahmen, die in vielen Fällen die Züge einer Steuerumgehung trügen.

3.3. Noher ⁴⁹⁾

Noher kommt im Rahmen der Besprechung der 'Mélanges Henri Zwahlen' unter anderem auf die bereits dargelegten Ausführungen von Dubs zur Transponierungstheorie zu sprechen. Er schliesst sich diesen an.

Ergänzend fügt er bei: "Einkommen ist Einkommen, auch dann, wenn es als etwas anderes getarnt präsentiert wird. ... Der in Frage stehende Steuerpflichtige konnte bei der Umstrukturierung des von ihm weiterhin beherrschten

⁴⁸⁾ Banderet, in StR 36, 1981, S. 390.

⁴⁹⁾ Noher, in ASA 46, 588 ff.

Konzerns im Falle, dass dieser Leistungen an ihn erbrachte, zwangsläufig nur Ertragseinkommen aus Beteiligungen tätigen, auch wenn er dieses als steuerfreien Kapitalgewinn darstellte." 50)

III. Würdigung

1. Definition der Transponierung

Unter Transponierung ist der Vorgang zu verstehen, bei welchem im Rahmen der Uebertragung einer Beteiligung virtuell steuerbares Ausschüttungssubstrat einer Gesellschaft A in eine Gesellschaft B gegen steuerfrei rückzahlbare Passiven (Grundkapital oder Darlehen) eingebracht wird, wobei der die Beteiligung übertragende Gesellschafter die Gesellschaft B beherrscht. 51)

Es sind demnach vier Tatbestandselemente, die die Transponierung ausmachen:

- Abtretung von Aktien
- Uebertragung auf eine vom abtretenden Aktionär beherrschte Gesellschaft
- Uebertragung zu einem über dem Nennwert der abgetretenen Aktien liegenden Wert
- Einbringung der Aktien gegen Nennwert oder Gut-schrift.

50) Noher, in ASA 46, 590.

51) Damit wird hier dem Begriff der Transponierung die Bedeutung gegeben, die ihm auch das Bundesgericht gibt.
Die Beschränkung des Begriffes auf den Nominalwertgewinn, wie dies Locher tut (Locher S. 220 FN 281), ist abzulehnen.

2. Steuerumgehung und wirtschaftliche Betrachtungsweise

2.1. Allgemeines

Die Tatsache, dass der St. Galler⁵²⁾ sowie der noch zu besprechende Aargauer Fall⁵³⁾ als Steuerumgehung qualifiziert wurden, alle anderen dargelegten Fälle aber mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise direkt dem Beteiligungsertragstatbestand subsumiert wurden, zeigt, dass wir uns mit der Transponierungstheorie im Grenzbereich zwischen Auslegung und Steuerumgehung befinden. Es drängt sich somit auf, vorab der Abgrenzung dieser zwei Institute einige Gedanken zu widmen und erst anschliessend auf die eigentliche Kritik an der Transponierungstheorie überzugehen.

2.2. Abgrenzung

2.2.1. Steuerumgehung⁵⁴⁾

Eine Steuerumgehung liegt nach der herrschenden Lehre dann vor, wenn ein Steuerpflichtiger seine tatsächlichen Verhältnisse in zivilrechtlich erlaubter Weise so gestaltet, dass ein bestimmter Steuertatbestand nicht erfüllt wird, wirtschaftlich aber trotzdem das Resultat erreicht wird, woran die nicht erfüllte Steuernorm ihre Steuerfolgen geknüpft hätte.⁵⁵⁾

52) Siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, I, 1.

53) Siehe hinten: 2. Teil, 5. Kapitel, § 3, II, 1.4.

54) Auf die einzelnen Merkmale der Steuerumgehung soll hier nicht eingegangen werden. Sie werden im Rahmen des verdeckten Eigenkapitals behandelt; siehe hinten: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, I.

55) Känzig 2. A N 38 ff zu Art. 2; Blumenstein S. 26 ff; Höhn Bd 8 § 44 N 10; Meili S. 4 ff; Höhn, in ASA 46, 150 f.

Die Rechtsfolgen, die an eine Steuerumgehung geknüpft werden, liegen regelmässig darin, dass der Steuerpflichtige so gestellt wird, wie wenn er den steuerbaren Tatbestand erfüllt hätte. Hiezu ist notwendig, dass vom effektiv vorliegenden Sachverhalt abgewichen und fingiert wird, es läge der Sachverhalt zur Beurteilung vor, der sich unter den Steuertatbestand subsumieren lässt.⁵⁶⁾

Entscheidend für die Steuerumgehung ist demnach, dass die Korrektur auf der Ebene des Sachverhaltes erfolgt. Sie lässt hingegen den gesetzlichen Tatbestand unberührt. "Wie das Gesetz interpretiert werden muss, ist also bereits entschieden, wenn sich die Frage der Steuerumgehung stellt ...".⁵⁷⁾

2.2.2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise

2.2.2.1. Wirtschaftliche Betrachtungsweise im Sinne des Bundesgerichts

Das Bundesgericht äusserte zu Beginn dieses Jahrhunderts die Ansicht, dass "... in Steuerfragen aller Regel nach mehr die Natur der Sache als die äussere Form berücksichtigt oder, wie dieser Gegensatz häufiger formuliert wird, mehr auf die wirtschaftliche Bedeutung als auf die rechtliche Erscheinung der Tatsachen abgestellt werden soll."⁵⁸⁾

Von dieser sehr weitgehenden Praxis ist das Bundesgericht dann abgerückt und es hielt in verschiedenen Entscheiden fest, dass es im Bereich freier Kognition eine wirtschaftliche Betrachtungsweise nur bei Fällen der Steuerumgehung

56) Känzig 2. A N 47 zu Art. 2; Blumenstein S. 29; Höhn Bd 8 § 44 N 14.

57) Dubs S. 576; ebenso: Höhn, in ASA 46, 152 f; Locher S. 200 f.

58) BGE 45 I 26.

gebe, währenddem im Bereich beschränkter Kognition für die Zulässigkeit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise triftige sachliche Gründe vorliegen müssten.⁵⁹⁾ Dabei bezog das Bundesgericht in diesen Fällen die wirtschaftliche Betrachtungsweise immer auf den Sachverhalt, welchen es wirtschaftlich, in Abweichung von den zivilrechtlichen Gegebenheiten würdigte.

Dass sich das Bundesgericht jedoch bereits damals nicht strikte an seine eigene Begriffsbestimmung hielt, zeigen die Holdingfälle. Auch dort wurde ja mittels wirtschaftlicher Betrachtungsweise gefochten, in einem Bereich mit voller Kognition. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wurde aber ausser beim St. Galler Fall gerade verneint.

Es genügte denn auch ein Federstrich zur endgültigen Aufhebung dieser Praxis. Neuerdings unterscheidet das Bundesgericht zwischen "... wirtschaftlicher Betrachtungsweise bei der Interpretation einer Steuernorm, die mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten arbeitet, und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei Steuerumgehung, wo in Abweichung von einer Steuernorm, die mit zivilrechtlichen Kriterien operiert, auf das wirtschaftliche Verhältnis zurückgegriffen wird ...".⁶⁰⁾

Demnach sieht das Bundesgericht heute den Anwendungsbereich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise sowohl auf der Ebene des Sachverhaltes als auch auf der des Tatbestandes mithin der Auslegung.

59) Pra 72 Nr. 212; BGE 103 I a 538 f; BGE 102 I b 154 f; ASA 45, 529.

60) BGE 109 I a 97 = ASA 54, 696 ff = Pra 73 Nr. 4.
Bestätigt in: StE 1984 B 24.4 Nr. 3, sowie ASA 54, 211 = StR 41, 1986, S. 263 ff = StE 1985 B 24.4 Nr. 5.

2.2.2.2. Wirtschaftliche Betrachtungsweise in der Doktrin

Ein chronologischer Ueberblick über die zahlreichen Beiträge der Doktrin zum Problem der wirtschaftlichen Betrachtungsweise zeigt folgendes Bild:

Studer⁶¹⁾ sieht in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise primär einen Auslegungsbehelf, daneben aber auch ein Institut zur Würdigung des zugrundeliegenden Sachverhaltes. Mit ihr werde erzielt, "... dass sich die Besteuerung nach dem tatsächlich erzielten wirtschaftlichen Erfolg ..." ⁶²⁾ richte. Soweit es jedoch um die Auslegung von solchen Begriffen geht, die in anderen Rechtsgebieten einen bestimmten Sinn haben, plädiert Studer für eine zurückhaltende Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise. Die Auslegung sollte sich dann seiner Meinung nach an diesen Sinn halten.

Höhn⁶³⁾ sieht in der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ebenfalls ein Mittel, mit welchem über die von den Parteien gewählten zivilrechtlichen Beziehungen hinaus auf den materiellen Gehalt eines Vorganges gegriffen wird. Dabei unterscheidet er drei Anwendungsbereiche, den der Auslegung, den des generellen Rechtsanwendungsprinzips, mithin der Steuerumgehung und den der Ersatztatbestände. Das Bestehen eines Grundsatzes der wirtschaftlichen Betrachtungsweise verneint Höhn jedoch.

Arioli⁶⁴⁾ sieht den Anwendungsbereich der wirtschaftlichen Betrachtungsweise bei der Auslegung und bei der Steuerumgehung. Dabei plädiert er für eine gewisse Zurück-

61) Studer, in ASA 29, 35.

62) Studer, in ASA 29, 37.

63) Höhn, in StR 18, 1963, S. 387 ff.

64) Arioli, in ASA 34, 81 ff.

haltung in bezug auf die ehemalige bundesgerichtliche Praxis im Rahmen der Willkürkognition.

Auch Gygi⁶⁵⁾ sieht einen doppelten Anwendungsbereich für die wirtschaftliche Betrachtungsweise, nämlich einmal bei der Feststellung des rechtserheblichen Sachverhaltes, dann aber auch bei der Auslegung der anwendbaren Norm. Insbesondere der zweite Fall stellt für Gygi nichts anderes als eine anerkannte Auslegungsmethode dar.

Zuppinger⁶⁶⁾ sieht drei Anwendungsbereiche für die wirtschaftliche Betrachtungsweise. Einmal als Auslegungsmethode, dann als Waffe gegen die Steuerumgehung und zudem als gesetzgeberisches Problem. Im Rahmen der Auslegungssproblematik differenziert er danach, ob zivilrechtliche Begriffe und Formen zur Diskussion stehen, oder ob es sich um Vorschriften aus anderen Rechtsgebieten oder gar um steuerliche Begriffe handelt. Bei den zivilrechtlichen Begriffen und Formen lehnt er eine wirtschaftliche Betrachtungsweise weitgehend ab, er schränkt sie auf den Fall der Steuerumgehung ein. "Diese eingeschränkte Anwendung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise ist geboten. Es darf nicht ausser acht gelassen werden, dass sie letzten Endes zu einer 'steuerlichen Auflösung' der zivilrechtlichen Ordnung führen und sie durch eine fiktive steuerlich-wirtschaftliche Ordnung ersetzen würde ..." ⁶⁷⁾. Für die anderen zwei genannten Bereiche lässt Zuppinger eine wirtschaftliche Betrachtungsweise hingegen weitgehend zu.

Die eben genannte Ansicht Zuppingers hat auch in den Zürcher Kommentar⁶⁸⁾ Eingang gefunden. Auch dort wird

65) Gygi, in ASA 34, 337 ff.

66) Zuppinger, in StR 24, 1969, S. 455 ff.

67) Zuppinger, in StR 24, 1969, S. 457.

68) Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 24 zu § 71.

die Meinung vertreten, dass zivilrechtliche Begriffe grundsätzlich im Steuerrecht die gleiche Bedeutung haben sollen wie in ihrem angestammten Rechtsgebiet. Eine Ausnahme sei freilich beim Vorliegen einer Steuerumgehung zu machen.

Etwas weitergehend sind in dieser Hinsicht die Ausführungen im Ergänzungsband zum Zürcher Kommentar. Danach soll eine wirtschaftliche Auslegung dann zulässig sein, wenn eine "Bestimmung einen vorwiegend wirtschaftlich geprägten Tatbestand umschreibt" ⁶⁹⁾.

Meili⁷⁰⁾ hält sich in seinen Ausführungen zur Bedeutung der wirtschaftlichen Betrachtungsweise weitgehend an den Zürcher Kommentar. So plädiert auch er für eine zurückhaltende Praxis im Rahmen der Auslegung. Die wirtschaftliche Betrachtungsweise könne im Steuerrecht keine allgemeine Auslegungsregel schaffen. Im Rahmen der Steuerumgehung erachtet er eine wirtschaftliche Betrachtungsweise aber als geboten.

Dubs⁷¹⁾ setzt sich differenziert mit dem Begriff der wirtschaftlichen Betrachtungsweise einerseits und dem der Steuerumgehung andererseits auseinander und analysiert insbesondere deren gegenseitiges Verhältnis. Dabei ordnet er die wirtschaftliche Betrachtungsweise dem Bereich der teleologischen Auslegung zu. Insbesondere führt er hiezu aus: "Unter welchen Voraussetzungen eine mehr oder weniger zivilrechtlich geprägte Umschreibung eines Steuertatbestandes die wirtschaftliche Betrachtungsweise grundsätzlich verbietet und die Besteuerung ausschliesslich an die im Gesetz bezeichnete zivilrechtliche Gestaltung knüpft, ist eine Auslegungsfrage, die bei der einzelnen Steuernorm mit

69) Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2. A N 24 zu § 71.

70) Meili S. 43 ff.

71) Dubs S. 569 ff.

den üblichen Methoden einer sinngemässen Interpretation zu prüfen und zu entscheiden ist." ⁷²⁾ Die Steuerumgehung grenzt er demgegenüber ganz klar ab. "Wie das Gesetz interpretiert werden soll, ist also bereits entschieden, wenn sich die Frage der Steuerumgehung stellt Mit der Steuerumgehungsdoktrin wird nun lediglich festgelegt, unter welchen Voraussetzungen im konkreten Einzelfall steuerlich eventuell doch die gewählte Rechtsform übergegangen und - entgegen der für diese Steuernorm geltenden Regel - ausnahmsweise auf den wirtschaftlichen Sachverhalt 'durchgegriffen' werden darf." ⁷³⁾ Aufgrund dieser Verschiedenartigkeit der Steuerumgehung und der wirtschaftlichen Betrachtungsweise fordert Dubs denn auch, diese zwei Instrumente klar auseinanderzuhalten.

Gleich wie Dubs fordert auch Känzig ⁷⁴⁾ eine klare Trennung. Er führt insbesondere aus, dass die Steuerumgehung nichts mit der wirtschaftlichen Betrachtungsweise gemeinsam habe, denn bei ihr sei einzig das aussergewöhnliche Vorgehen des Steuerpflichtigen entscheidend.

Nach Locher hat die wirtschaftliche Betrachtungsweise ein "doppeltes Gesicht" ⁷⁵⁾. "Es geht nämlich einmal um die Probleme, die sich im Zusammenhang mit der Steuerrechtsnorm stellen, insbesondere um die Auslegung der gesetzlichen Tatbestände. Insoweit wird die wirtschaftliche Betrachtungsweise als Auslegungsprinzip verstanden. Davon sind die Fragen zu sondern, die sich mit Blick auf den konkreten Sachverhalt ergeben." ⁷⁶⁾, ⁷⁷⁾ Den ersten Be-

72) Dubs S. 575.

73) Dubs S. 576.

74) Känzig 2. A N 41 zu Art. 2.

75) Locher S. 182 ff.

76) Locher S. 183.

reich versteht Locher als normalen Fall teleologischer Auslegung, als Rechtsgewinnungsprinzip, das aber erst dann angewendet wird, "... wenn einmal feststeht, dass eine Anknüpfung an wirtschaftliche Gegebenheiten vorliegt." ⁷⁸⁾ Mit Hilfe des zweiten Bereiches, dem der Sachverhaltsbeurteilung, will Locher primär feststellen, ob in einem konkreten Fall "... die gewählte Rechtsform dem wirtschaftlichen Gehalt des Sachverhalts gerecht wird ..." ⁷⁹⁾. Trifft dies nicht zu, so will Locher in zwei Fällen dem wirtschaftlichen Gehalt vor den zivilrechtlichen Gegebenheiten den Vorrang geben, nämlich bei der Simulation einerseits und der Steuerumgehung andererseits. ⁸⁰⁾

Nach Vallender ⁸¹⁾ ist die wirtschaftliche Betrachtungsweise "... ein im Steuerrecht stets zu berücksichtigendes Element teleologischer Auslegung" ⁸²⁾ ein Standardargument, das "... bei der Anwendung von Steuerrechtsnormen ... stets zu berücksichtigen ist." ⁸³⁾ Hievon grenzt er die Steuerumgehung ab. Diese stelle einen Fall von Rechtsmissbrauch dar und greife auf der Ebene des Sachverhaltes ein, indem "der durch die Beteiligten gewählten Gestaltung der Rechtsverhältnisse ... die Anerkennung versagt" ⁸⁴⁾ bleibe.

Forts. Fussnote

77) Locher wirft der herrschenden schweizerischen Lehre vor, immer noch in der Idee behaftet zu sein, bei der wirtschaftlichen Betrachtungsweise handle es sich um einen spezifisch steuerrechtlichen Auslegungsbehelf: Locher S. 186 f FN 61.

78) Locher S. 186; ebenso S. 199 unten.

79) Locher S. 185.

80) Locher S. 195.

81) Vallender S. 41 ff.

82) Vallender S. 54.

83) Vallender S. 53.

84) Vallender S. 51.

2.2.2.3. Würdigung

Will man Bedeutung und Tragweite der wirtschaftlichen Betrachtungsweise erfassen, so hat man sich zwei Grunderkenntnisse vor Augen zu halten. Zum einen handelt es sich dabei um die Tatsache, dass Fragen des Sachverhaltes strikt von Fragen der Auslegung zu trennen sind, zum anderen um die Erkenntnis, dass im Steuerrecht die gleichen Grundsätze zur Auslegung von Normen gelten wie in allen anderen Rechtsbereichen.⁸⁵⁾

Das Vorgehen zur Rechtsanwendung muss demnach auch im Steuerrecht dergestalt sein, dass in einem ersten Schritt der zu beurteilende Sachverhalt festgestellt wird. Dabei handelt es sich um die Erforschung von Tatsachen, um bereits Verwirklichtes. Diese Tatsachen können aus steuerrechtlicher Sicht nicht abgeändert, uminterpretiert oder umqualifiziert werden, sie sind vielmehr als solche hinzunehmen. Die einzige Ausnahme hievon besteht im Rahmen einer Steuerumgehung, wo die Tatsachen in rechtsmissbräuchlicher Art und Weise gestaltet wurden. Dann rechtfertigt sich ein Abstellen auf den "wirtschaftlich verwirklichten Sachverhalt."

Steht der Sachverhalt einmal fest, so folgt die Phase der Rechtsanwendung. Dabei ist der Sinn der Steuernormen anhand der üblichen Auslegungsmethoden zu erforschen, wobei erneut darauf hinzuweisen ist, dass keine feste Hierarchie zwischen den einzelnen Auslegungselementen besteht.⁸⁶⁾ Vielmehr stehen alle gemeinsam im Dienste der Erforschung des wahren Sinnes einer bestimmten Norm. In dieser Phase ist denn auch die Frage zu entscheiden, welche Bedeutung einem bestimmten, insbesondere zivil-

⁸⁵⁾ Locher S. 179.

⁸⁶⁾ Siehe hiezu vorne: 2. Teil, 4. Kapitel, § 2, IV, 2.2.2.

rechtlichen, Begriff einer steuerrechtlichen Norm zukommt. Die Antwort hierauf ist gerade ein Resultat der Auslegung.

In diesem Sinne muss die wirtschaftliche Betrachtungsweise als teleologisches Auslegungselement verstanden werden, wie dies Vallender⁸⁷⁾ und Dubs⁸⁸⁾ tun und lange vor ihnen bereits Höhn⁸⁹⁾ tat. Sie bezieht sich auf Fragen des gesetzlichen Tatbestandes und nicht auf den Sachverhalt.⁹⁰⁾

2.2.3. Zusammenfassung

Die vorgehenden Ausführungen haben gezeigt, dass die Steuerumgehung und die wirtschaftliche Betrachtungsweise zwei verschiedene Phasen der Rechtsanwendung betreffen.

Die wirtschaftliche Betrachtungsweise ist dem Bereich der Auslegung zuzuordnen. Dabei ist die Erkenntnis wesentlich, dass es sich bei ihr nicht um einen spezifisch steuerrechtlichen Auslegungsbehelf handelt. Vielmehr ist sie jeweils das Resultat einer teleologischen Auslegung.

Die Steuerumgehung demgegenüber betrifft den Bereich des Sachverhaltes. Der Sachverhalt ist für das Steuerrecht grundsätzlich etwas Gegebenes, worauf nur aufgebaut werden kann, das heisst, woran die steuerrechtlichen Folgen zu knüpfen sind. Von dieser Bindung wird das Steuerrecht nur dann enthoben, wenn die Voraussetzungen der missbräuchlichen Rechtsgestaltung vorliegen.

87) Vallender S. 53 f.

88) Dubs S. 569.

89) Höhn, in StR 18, 1963, S. 394 ff.

90) Damit wird hier die Theorie der Autonomie des Steuerrechts gegenüber dem Zivilrecht oder anderen Rechtsgebieten vertreten. Locher S. 158 umschreibt diese Autonomie wie folgt: "Daraus erhellt, dass das Steuerrecht nicht darum herumkommt, explizit oder implizit sich zur Frage zu äussern, welchen Stellenwert es dem Zivilrecht
Forts. Fussnote

Um diese zwei so unterschiedlichen Institute klarer abgrenzen zu können, sollte erreicht werden, dass im Rahmen der Steuerumgehung nicht mehr von wirtschaftlicher Betrachtungsweise gesprochen wird.⁹¹⁾

2.3. Kritik an der Transponierungstheorie

2.3.1. Kritik im allgemeinen

2.3.1.1. Einleitung

Das Bundesgericht hat mit seiner Transponierungstheorie eine eigentliche Unternorm zum Beteiligungsertragstatbestand geschaffen. Danach löst jedes Vorgehen, das den potentiellen Steueranspruch des Staates mittels Uebertragung von Aktien auf eine vom Aktionär selbst beherrschte Gesellschaft verkürzt, sofort Steuerfolgen aus.

Diese Praxis muss abgelehnt werden, denn sie lässt sich nicht mit einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise rechtfertigen.

2.3.1.2. Begründung

2.3.1.2.1. Rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft gegenüber dem Aktionär

Im Rahmen der Analyse der Transponierungstheorie hat man sich vorab die zivilrechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft gegenüber ihrem Aktionär in Erinnerung zu rufen.

Forts. Fussnote

einräumt. In der Beantwortung dieser Frage ist das Steuerrecht grundsätzlich autonom". (Unterstrichenes im Originaltext kursiv gedruckt.)

91) Dubs S. 575; Känzig 2. A N 41 zu Art. 2.

An diese Trennung hält sich bekanntlich auch das Steuerrecht.⁹²⁾ Aus ihr folgt, dass Gesellschaft und Gesellschafter neben den gesellschaftsrechtlichen Beziehungen beliebige weitere schuldrechtliche Verbindungen eingehen können. Entsprechend sind auch Kauf- und Darlehensgeschäfte zwischen dem Aktionär und seiner Gesellschaft nichts Absonderliches. Sie sind aus steuerrechtlicher Sicht als solche anzuerkennen.

Das schweizerische Zivil- wie Steuerrecht kennt gerade kein Konzernrecht, das eine konsolidierte Betrachtung von Gesellschaft und Gesellschafter erlauben oder gebieten würde.⁹³⁾ Eine andere Betrachtungsweise ist nur im Steuerumgehungsfall zulässig. Das Vorliegen einer Steuerumgehung wird von den Anhängern der Transponierungstheorie in den dargelegten Fällen aber gerade verneint.

2.3.1.2.2. Teleologische und historische Auslegung des Beteiligungsertragstatbestandes

Wir haben oben die wirtschaftliche Betrachtungsweise dem Bereich der teleologischen Auslegung zugeordnet.⁹⁴⁾ Nachdem die Transponierungstheorie mit dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise arbeitet, bleibt zu prüfen, ob es tatsächlich dem Sinn und Zweck von BdBSt Art. 21 I lit. d entspricht, dass nur "eigentliche" Veräusserungen von ihm erfasst werden sollen, nicht aber die Verkaufsgeschäfte im Rahmen der Aktieneinbringung. Falls dies zu bejahen wäre, wäre die zweite Frage zu prüfen, ob mit der Verneinung der Anwendung von BdBSt Art. 21 I lit. d automatisch der Tatbestand von BdBSt Art. 21 I lit. c erfüllt sei.

92) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, II, 1.

93) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 3, VIII, 1.3.

94) Siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, III, 2.2.2.3.

Zur ersten der oben genannten zwei Fragen wird aus teleologischer Sicht argumentiert, die direkte Bundessteuer verfolge bewusst das Prinzip der wirtschaftlichen Doppelbelastung, woraus folge, dass alle Vorkehrungen, die der Durchsetzung dieses Prinzips zuwiderliefen, als geldwerte Leistungen zu erfassen seien.⁹⁵⁾

Gegen diese Folgerung gibt es gewichtige Argumente. So ist zu bedenken, dass wir uns im Rahmen eines Einkommens-

steuersystems bewegen, dessen Ziel grundsätzlich in der Besteuerung realisierter Wertzuflüsse besteht. Selbst wenn man mit der herrschenden Lehre⁹⁶⁾ annimmt, der Tatbestand von BdBSt Art. 21 I lit. c sei formalisiert und stelle nur bedingt auf das effektive "Reicher-werden" ab, so ist dies ohne Einfluss auf die hier zu untersuchende Problematik. Die Formalisierung mittels Nennwertprinzip bezieht sich nämlich auf den Liquidationsfall, mit welchem die Einbringungsfälle direkt aber nichts zu tun haben.

Im weiteren hat man sich zu vergegenwärtigen, dass der Gesetzgeber mit der Steuerbefreiung der privaten Kapitalgewinne bewusst eine Lücke im Einkommenssteuersystem geschaffen hat. An diese Lücke sind Justiz und Behörden gebunden. Wenn sich demnach potentiell Gewinnausschüttungssubstrat einer Aktiengesellschaft mittels Kapitalgewinn aus der Sicht des Aktionärs wertmässig realisieren lässt, so besteht kein Anlass, vom gesetzlichen Willen abzuweichen. Der Normzweck, die wirtschaftliche Doppelbelastung, findet hier gerade aus systematischer Sicht seine Grenzen. Sich

95) StE 1986 B 24.4 Nr. 6.
Locher S. 213 ff, insbesondere S. 216 ff.

96) Zur Kritik an dieser Lehre, siehe vorne: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5, II, 4.3.

darüber hinwegzusetzen hiesse die Grenzen von Kapitalgewinn und Vermögensertrag missachten.⁹⁷⁾

Zu keinem anderen Resultat führt im übrigen die Entstehungsgeschichte des Beteiligungsertragstatbestandes. Wie bereits angedeutet, bezieht sich die formale Umschreibung von BdBSt Art. 21 I lit. c auf den Liquidationsfall, nicht aber auf den Fall der laufenden Ausschüttungen. Zudem hatte der Gesetzgeber beim Erlass der Normen bestimmt nicht diese Einbringungstatbestände im Visier. Es fehlt somit an einem ausdrücklichen gesetzlichen Willen in bezug auf die strittigen Sachverhalte. Im weiteren lässt sich zum hier vorliegenden Problem auch nichts aus der Praxis zur Besteuerung der Gratisaktien ableiten, denn es kann nicht angehen, auf einer äusserst extensiven und sehr fragwürdigen Praxis eine noch intensivere aufzubauen. Grundlage einer Besteuerung kann immer nur das Gesetz selbst sein.⁹⁸⁾

Diese Ausführungen zeigen, dass sich weder aus teleologischer noch aus historischer Sicht Argumente finden lassen, die bestätigen würden, dass der Begriff der Veräusserung im Sinne des Kapitalgewinnes "wirtschaftlich" und nicht zivilrechtlich zu verstehen sei. Die Einbringung von Aktien in eine "eigene" Aktiengesellschaft stellt demnach einen gewöhnlichen Verkauf dar, wie wenn das Kaufobjekt nicht eine Beteiligung wäre oder wie wenn es sich beim Erwerber um eine wirtschaftlich unabhängige Person handeln würde. Die wirtschaftliche Abhängigkeit zweier Vertragspartner spielt im schweizerischen Steuerrecht, mangels Konzernrecht, gerade keine Rolle, solange die gegenseitigen Leistungen in einem angemessenen Verhältnis stehen.

97) Siehe zu dieser Abgrenzung vorne: 1. Teil, 3. Kapitel, § 2, I.

98) Damit ist auch das bundesgerichtliche Argument entkräftet, steuerbarer Beteiligungsertrag setze generell keine Entreicherung der "leistenden" Gesellschaft voraus.

Die These der blossen Umstrukturierung des Vermögens des Aktionärs muss somit abgelehnt werden. Es trifft wohl zu, dass wirtschaftlich betrachtet der Aktionär auch nach der Transaktion Einfluss auf die eingebrachten Aktien ausüben kann.⁹⁹⁾ Doch erstens hat diese "wirtschaftliche Betrachtungsweise" nichts mit derjenigen im Sinne der teleologischen Auslegung zu tun und zweitens ist dieser wirtschaftliche Einfluss aus steuerrechtlicher Sicht wegen der rechtlichen Selbständigkeit der Aktiengesellschaft eben gerade ohne Einfluss.

Dieses Resultat ist im übrigen unabhängig davon, ob die Einbringung der Aktien gegen Gutschrift oder Nennwert erfolgt. Denn zum einen ist die Kombination von Kauf- und Darlehensvertrag im Rechtsverkehr nichts aussergewöhnliches und zum anderen wird bei einer Sacheinlage auch nicht nach der Art des eingelegten Objektes gefragt.¹⁰⁰⁾

2.3.2. Problem der Beherrschung der erwerbenden Gesellschaft

2.3.2.1. Rechtsprechung und Praxis

Geht man die bundesgerichtliche Rechtsprechung durch, so stellt man fest, dass bis anhin bei allen Entscheidungen das Element der "Beherrschung" der erwerbenden Gesellschaft durch den Einbringer von Bedeutung ist.

Im Zürcher Fall wird von Einbringung "... in die ihm gehörende Holding ..." ¹⁰¹⁾ und von Einbringung "... in eine ebenfalls von ihm beherrschte andere Gesellschaft ..."

99) Zum Problem des Beherrschungsverhältnisses siehe hinten: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, III, 2.3.2.

100) Eine solche Praxis fördert im übrigen nicht die Missbräuche, denn solche Fälle können unter dem Titel der Steuerumgehung erfasst werden.

101) ASA 42, 397.

102) gesprochen, im Berner Fall von Uebertragung von Aktien "... auf eine dem bisherigen Aktionär gehörende Holdinggesellschaft ..." 103), von "... Aktienverkauf an die eigene Holding ..." 104) und vom "... 'an sich selber' verkaufenden Aktionär ..." 105). In beiden Fällen war der Einbringer Alleinaktionär der die Aktien erwerbenden Gesellschaft.

Im neuesten Transponierungsfall hat das Bundesgericht nun aber ausgeführt, dass es nicht auf diese Alleinherrschaft ankomme. Die Ueberlegungen zur Transponierung liessen sich nämlich "... ohne weiteres in gleicher Weise anstellen, wenn neben dem beherrschenden Aktionär weitere Aktionäre an der übernehmenden Gesellschaft beteiligt sind, durch die Mehrheitsverhältnisse oder Verträge jedoch ausgeschlossen ist, dass Erträge oder Liquidationsüberschüsse aus der übertragenen Beteiligung in der übernehmenden Gesellschaft dem Hauptaktionär wirtschaftlich entgehen und den Mitaktionären zugute kommen werden." 106) Dies wurde bei einer 70 %-Beteiligung denn auch ohne weitere Prüfung als gegeben erachtet.

Die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich hat diese Voraussetzungen gar bei einer 51 %-Beteiligung als erfüllt betrachtet, mit der Begründung, dass die Aktion des Steuerpflichtigen koordiniert gewesen sei mit der des Minderheitsaktionärs, womit beide gemeinsam als Beherrscher betrachtet werden könnten. 107)

102) ASA 42, 398.

103) ASA 43, 590.

104) ASA 43, 591.

105) ASA 43, 592.

106) StE 1986 B 24.4 Nr. 6 c.

107) StE 1984 B 24.4 Nr. 1 c.

In diese Richtung scheint denn auch die Tendenz der Steuerverwaltungen zu gehen. ¹⁰⁸⁾ Selbst Minderheitsaktionäre werden als Beherrscher einer Gesellschaft betrachtet, sobald sie gemeinsam mit anderen Minderheitsaktionären handeln. ¹⁰⁹⁾

Noch weiter scheint in neuester Zeit Locher zu gehen, der die Ansicht vertritt, dass das Beherrschungsverhältnis überhaupt keine Rolle spiele. ¹¹⁰⁾

2.3.2.2. Kritik

Die geschilderte Entwicklung der Praxis deutet auf eine weitere Ausdehnung der Transponierungstheorie hin, deren Grenze offenbar erst dort liegen soll, wo "... der Aktionär nach der Einbringung seiner Aktien in die Holding-Gesellschaft in diesem wirtschaftlichen Gebilde nur noch eine ganz untergeordnete Rolle spielt." ¹¹¹⁾

Die Anhänger dieser Entwicklung müssen sich zwei Fragen stellen lassen:

1. Wo enthält das Gesetz Hinweise auf die oben beschriebene Grenze der Transponierungstheorie?

¹⁰⁸⁾ Diese Tendenz wurde durch bereits vom Zürcher Verwaltungsgericht bestätigt: RB 1986 Nr. 32.

¹⁰⁹⁾ Banderet, in StR 36, 1981, S. 389; gl.M. scheint auch die Steuerverwaltung des Kt ZH zu sein. Eine entsprechende Aussage machte Herr Gnehm, Chef der Einschätzungsabteilung 5 des kantonalen Steueramtes anlässlich einer Veranstaltung der Schweizerischen Treuhand- und Revisionskammer vom 19. Januar 1987 in Zürich. Der diesbezügliche Gesinnungswandel bei den Steuerbehörden zeigt sich zum Beispiel darin, dass die Zürcher Steuerverwaltung heute den Entscheid der Bundessteuer-Rekurskommission vom 21.12.82 betreffend dem Minderheitsaktionär im ersten Transponierungsfall zweier Brüder ans Bundesgericht weiterziehen würde; siehe hiezu vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, I, 5.2.

¹¹⁰⁾ Locher S. 224.

¹¹¹⁾ Saurer, in Protokoll 1971 S. 51.

2. Wo liegt die Abgrenzung zum steuerfreien privaten Kapitalgewinn?

Die Antworten auf diese Fragen stehen noch aus.

Haben wir vorne festgestellt, dass die Transponierungstheorie als solche eine unzulässige Weiterentwicklung der Praxis zu den Gratisaktien war, so erkennen wir hier, dass wir uns bereits in einem nächsten Entwicklungsstadium befinden. Das Element der Beherrschung der erwerbenden Gesellschaft wird laufend relativiert und die Gefahr besteht, dass in bälde jede Art von Nennwertgewinn oder ähnlichen wirtschaftlichen Sachverhalten Anlass zur Besteuerung geben wird.¹¹²⁾

2.3.3. Berechnung des Steuerobjekts

Der aus der Einbringung von Aktien resultierende steuerbare Ertrag wurde während langer Zeit als Differenz zwischen Erwerbspreis und Gutschrift oder Erwerbspreis und neuem Nennwert berechnet.

Das Bundesgericht führte hiezu im Zürcher Fall zwar aus, dass diese Praxis diskutabel sei¹¹³⁾, doch bestätigte es sie im Berner Fall diskussionslos. Es wäre wohl auch in seinem neuesten Transponierungsfall gleich vorgegangen, wenn der Steuerpflichtige einen den Nennwert der Aktien übersteigenden Erwerbspreis geltend gemacht hätte.¹¹⁴⁾ Die gleiche Berechnungsart übernahm auch die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich.¹¹⁵⁾ Die Eidgenössische

112) Kritik ebenso bei: Böckli, in ASA 47, 55; Ryser, in *Réflexions* S. 682 f; Scherrer, in ASA 55, 26 ff.

113) ASA 42, 400.

114) StE 1986 B 24.4 Nr. 6 c E 6.

115) StE 1984 B 24.4 Nr. 1 c E 6.

Steuerverwaltung sah bislang in dieser Methode den "... ausgesprochen defensiven Charakter ..." ¹¹⁶⁾ der Transponierungstheorie, ja sogar ein "Zugeständnis" ¹¹⁷⁾ an den Steuerpflichtigen.

Die Doktrin hat diese Praxis seit jeher kritisiert. Aus dogmatischer Sicht wurde geltend gemacht, dass, wenn der Vorgang als Beteiligungsertrag erfasst werde, nur der Nennwert und nicht der Erwerbspreis die richtige Berechnungsgrundlage darstellen könne, denn der potentielle Steueranspruch des Staates gehe im Umfang der Differenz zwischen Nennwert und Erwerbspreis der eingebrachten Aktien unter. ¹¹⁸⁾

Die Praxis ist dieser Kritik nun nachgekommen. Die Eidgenössische Steuerverwaltung hat am 3. Februar 1987 ein entsprechendes Kreisschreiben erlassen. Darin wird einerseits die herrschende Transponierungstheorie als gültige Praxis bestätigt, andererseits die bislang geltende Billigkeitslösung zur Berechnung des steuerbaren Ertrages aufgegeben. Damit wird inskünftig immer die Differenz zwischen Nominalwert und Gutschrift, bzw höherem Nennwert zur Besteuerung gelangen. ¹¹⁹⁾

¹¹⁶⁾ Banderet, in StR 36, 1981, S. 391.

¹¹⁷⁾ Saurer, in Protokoll 1971 S. 49.

¹¹⁸⁾ Böckli, in ASA 47, 63 f; Locher S. 225 f; Bühler S. 269 f.

¹¹⁹⁾ Siehe zu dieser Praxisänderung auch die Ausführungen von Spori, in ST 1987 S. 108 ff unter dem Titel: "Abschied von einer Billigkeitslösung". Er spricht insbesondere das Problem an, ob sich die Praxisänderung auf "ernsthafte, sachliche Gründe" stützen lasse, wie dies generell für die Zulässigkeit einer Praxisänderung verlangt werde.

IV: Exkurs: Transponierung und Verrechnungssteuer

Die Problematik der Transponierungstheorie zeigt sich insbesondere auch aus der Sicht der Verrechnungssteuer.

Für diese an der Quelle erhobene Steuer muss einerseits Klarheit darüber bestehen, worauf die Steuer zu erheben ist und andererseits, wer die geldwerte Leistung erbringt, das heisst, welche der zwei in den Transponierungsfall involvierten Gesellschaften dem Aktionär einen Gewinn ausschüttet. An dieser Klarheit fehlt es aber gerade. Auch das Bundesgericht hat sich zu dieser Frage nie geäussert. 120)

Konsequenterweise unterliegen die Transponierungsfälle denn auch nicht der Verrechnungssteuer. Einzig beim Vorliegen einer Steuerumgehung¹²¹⁾ wird der erwerbenden Gesellschaft die Rückerstattung der Verrechnungssteuer, die die eingebrachte Gesellschaft auf den Gewinnausschüttungen entrichtet hat, verweigert. 122)

120) Für Känzig (2.A N 51 zu Art. 2) und Höhn (ASA 46, 153 f) stellt die Transponierungstheorie darauf ab, dass die erwerbende Gesellschaft eine geldwerte Leistung erbringe. Böckli (ASA 47, 59 f) demgegenüber erkennt unter Anwendung einer "konstruktivistischen Betrachtungsweise", dass es die übertragene Gesellschaft sein müsse, die Gewinne ausschütte.

121) VStG Art. 21 II.

122) ASA 40, 512 ff; ASA 39, 114 ff.

§ 3: Liquidationsfälle

I. Einleitende Bemerkungen

Die folgenden Ausführungen haben nicht zum Ziel, eine lückenlose Darstellung des Liquidationstatbestandes wiederzugeben. Vielmehr sollen einige in letzter Zeit besonders umstrittene Sachverhalte herausgegriffen und analysiert werden.¹²³⁾

Es wird sich zeigen, dass die extensive Praxis der Steuerbehörden und Gerichte zum Vermögensertragstatbestand nicht bei der Transponierungstheorie Halt gemacht hat, sondern ihre Fortsetzung in diesen "Liquidationsfällen" findet.

II. Teilliquidationstheorie

1. Uebersicht über die Rechtsprechung¹²⁴⁾

1.1. Abschreibung auf zurückgekauften Aktien¹²⁵⁾

1961 hatte das Bundesgericht die Frage zu entscheiden, welche Steuerfolgen der Rückkauf eigener Aktien über pari mit anschliessender formeller Kapitalherabsetzung bewirke.

¹²³⁾ Siehe die allgemeinen Ausführungen zum Liquidationstatbestand: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5.

¹²⁴⁾ Hier wird nur auf die Entwicklung der Rechtsprechung zur Einkommenssteuer eingegangen. Betreffend der Verrechnungssteuer soll der Hinweis darauf genügen, dass das Bundesgericht die Verweigerung der Rückerstattung der Verrechnungssteuer wegen Steuerumgehung in den Fällen geschützt hat, die den hier zu besprechenden sehr ähnlich waren.
Bsp.: ASA 33, 511 ff; ASA 39, 114 ff; ASA 40, 512 ff; ASA 50, 145 ff; ASA 50, 583 ff.

¹²⁵⁾ BCE, in ASA 30, 180 ff.

Die steuerpflichtige Gesellschaft hatte geltend gemacht, die Differenz zwischen Nennwert und Kaufpreis stelle bei ihr geschäftsmässig begründeten Aufwand dar, woraus sich bei ihr ein entsprechender, gewinnmindernder Abschreibungsbedarf ergebe.

Diese Auffassung wurde vom Bundesgericht jedoch verworfen. Es sah in der Differenz zwischen Kaufpreis und Nennwert vielmehr einen Abgang von Gesellschaftsaktiven ohne gleichzeitige Verminderung der Passiven.¹²⁶⁾ Hieraus schloss das Gericht, dass der Vorgang zum einen bei der Aktiengesellschaft nicht zu Aufwand führe und zum andern, dass er beim Aktionär die Zuteilung eines verhältnismässigen Anteils am Ergebnis der Liquidation bewirke und damit als Teilliquidation zu erfassen sei.

1.2. Rückkauf eigener Aktien mit anschliessender fiduziarischer Uebertragung auf einen Treuhänder¹²⁷⁾

1973 hatte das Bundesgericht erneut Gelegenheit, die Frage des Rückkaufs eigener Aktien zu beurteilen.

Folgender Sachverhalt stand zur Diskussion: Eine Aktiengesellschaft tauschte mit einem Aktionär Aktien einer anderen Gesellschaft gegen eigene, ohne jedoch zu beabsichtigen, eine Kapitalherabsetzung durchzuführen. Die so erworbenen Wertpapiere blieben während mehr als zweier Jahre im Vermögen der Gesellschaft. Anschliessend wurden sie fiduziarisch auf eine andere Gesellschaft übertragen, um eine Gelegenheit abzuwarten, einen neuen Träger für die Aktien zu finden. Mit dieser Aktienübertragung war gleich-

126) ASA 30, 181: "Im Umfange der Differenz hat die Beschwerdeführerin auf den Aktionär, den bisherigen Eigentümer der vernichteten Aktien, Aktiven ohne entsprechende Verminderung der Passiven übertragen."

127) BGE, in ASA 42, 319 ff = SAC 46, 1974, S. 88 f.
Bemerkungen zu diesem Entscheid von Känzig, in SAC 46, 1974, S. 89 f.

zeitig eine Forderung gegen den Fiduziaren entstanden, die einzig mittels Rückgabe der Papiere getilgt werden konnte.

Der Steuerpflichtige, der mit der Gesellschaft den Tauschvertrag eingegangen war, stellte sich auf den Standpunkt, er habe einen steuerfreien Kapitalgewinn realisiert.

Das Bundesgericht erachtete jedoch auch hier den Tatbestand der Teilliquidation als erfüllt. Es machte geltend, dass es unerheblich sei, dass die Aktiengesellschaft nur provisorisch Trägerin eigener Aktien geworden sei. Denn, so führte es aus, aus der fiduziarischen Weitergabe der erworbenen Wertpapiere erlange die Gesellschaft kein realisierbares Aktivum. Im Steuerrecht, wo es auf den Fluss der Vermögenswerte ankomme, sei entscheidend, dass sich der Aktionär eine geldwerte Leistung habe zukommen lassen. Damit habe er seine Beteiligung liquidiert und einen Gewinn aus Teilliquidation realisiert. Der Tatsache, dass das Kapital der Gesellschaft in keiner Phase des Vorganges formell herabgesetzt wurde, mass das Bundesgericht demgegenüber keine Bedeutung zu.

1.3. Zürcher Rückkaufsfall eigener Aktien mit kurz darauf folgender formeller Kapitalherabsetzung¹²⁸⁾

Auch das Verwaltungsgericht des Kantons Zürich erhielt Gelegenheit, die Frage des Rückkaufs eigener Aktien im Lichte des kantonal-zürcherischen Einkommenssteuerrechts zu würdigen.

Dabei ging es um einen Fall, bei welchem eine Aktiengesellschaft eigene Aktien zu einem über dem Nennwert liegenden Preis zurücknahm. Kurze Zeit später schritt die Gesellschaft

¹²⁸⁾ Entscheid des Verwaltungsgerichts des Kt ZH vom 22. August 1985: StE 1986 B 24.4 Nr. 7.

Diesem Entscheid war bereits ein anderer in derselben Sache vorausgegangen: RB 1980 Nr. 39.

zur Herabsetzung ihres Kapitals, im Umfange der erworbenen Wertpapiere, wobei der über pari bezahlte Erwerbspreis den freien Reserven belastet wurde.

Auch hier wurde von Seiten des Steuerpflichtigen geltend gemacht, mit der Transaktion sei ein steuerfreier privater Kapitalgewinn realisiert worden.

Dieser Auffassung wollte sich das Verwaltungsgericht aber nicht anschliessen. Es war vielmehr der Meinung, der Rückkauf eigener Aktien erfülle ohne Rücksicht auf das "Rückkaufsmotiv" den Teilliquidationstatbestand. Anders sei nur dann zu entscheiden, wenn der Rückkauf eigener Aktien von einer Publikumsgesellschaft zur Kurspflege erfolge oder etwa die Abgabe von Mitarbeiteraktien ermöglichen solle. Ohne Einfluss erachtete das Gericht die Art der Buchung des Vorganges und, unter Vorbehalt der oben genannten Ausnahmen, die Tatsache, ob der Aktienrückkauf aufgrund oder in Erwartung eines Kapitalherabsetzungsbeschlusses erfolge oder nicht.

1.4. Aargauer Steuerumgehungsfall ¹²⁹⁾

Dem aargauer Steuerumgehungsfall von 1980 lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Eine natürliche Person beherrschte eine Holdinggesellschaft und besass gleichzeitig eine Minderheitsbeteiligung an einer Betriebsgesellschaft. Sie brachte diese Minderheitsbeteiligung in die Holdinggesellschaft ein, welche damit Alleinaktionärin der Betriebsgesellschaft wurde. Der Kaufpreis wurde dem einbringenden Aktionär von der Holding mangels verfügbarer eigener Mittel nicht in bar entrichtet, sondern gutgeschrieben. Die Betriebsgesellschaft schüttete in der

¹²⁹⁾ Entscheid des Verwaltungsgerichts der Kt AG vom 17. November 1980: AGVE 1980, S. 195 ff, dagegen erhobene staatsrechtliche Beschwerde: ASA 53, 170 ff.

Folge eine Substanzdividende aus, die von der Holding zur Tilgung der Schuld verwendet wurde.

Der Steuerkommissär entschied auf steuerbaren Beteiligungsertrag. Der Steuerpflichtige sowie die Steuerrekurskommission waren jedoch der Ansicht, der Vorgang sei nach dem aargauer Steuergesetz als steuerfreien Kapitalgewinn zu erfassen. Eine dritte Meinung vertrat das aargauische Verwaltungsgericht. Es sah die Voraussetzungen der Steuerumgehung als erfüllt. Diese Betrachtung wurde vom Bundesgericht unter dem Aspekt der Willkür geschützt.

In seinen Erwägungen stellte das Verwaltungsgericht vorab fest, dass dem Aktionär aus der Aktienveräusserung grundsätzlich kein Beteiligungsertrag zuflüsse. Eine andere Betrachtungsweise lasse "... sich nur auf der Basis begründen, dass die im Konzern zusammengeschlossenen Gesellschaften gemeinsam als eine einzige Gesellschaft angesehen werden. ... Die Transaktion erschiene damit als eine Art Rückkauf eigener Aktien durch den Konzern." ¹³⁰⁾ Im weiteren führte es aus, dass eine solche Praxis bewirken würde, dass Rechtsgeschäfte zwischen Konzerngesellschaften generell keine steuerlichen Folgen mehr hätten, was dem Willen des aargauischen Steuergesetzgebers aber klarerweise widerspreche.

In seinen weiteren Ausführungen kam das Gericht dann aber zum Schluss, die Rechtsgestaltung sei missbräuchlich erfolgt und habe nur der Steuerersparnis gedient. Das den wirtschaftlichen Verhältnissen angepasste Vorgehen hätte seiner Ansicht nach in der Ausschüttung einer Dividende durch die Betriebsgesellschaft und der anschliessenden Gewährung eines Darlehens an die Holding bestanden, um

¹³⁰⁾ ACVE 1980 S. 203

dieser die Mittel zum Kauf der Beteiligung zur Verfügung zu stellen. ¹³¹⁾

1.5. Berner Fall der Veräusserung von Aktien an eine fremde Holdinggesellschaft ¹³²⁾

Im Kanton Bern ereignete sich folgender Fall:

Zwei Aktionärsgruppen waren je hälftig an einer Aktiengesellschaft beteiligt. Zufolge von Streitigkeiten zwischen den beiden Gruppen erklärte sich die eine bereit, ihren Anteil der anderen zu veräussern. Die verbleibende Gruppe trat jedoch nicht selbst als Käuferin auf. Vielmehr gründete sie in einem ersten Schritt eine Holdinggesellschaft, indem sie ihre Aktien an der Betriebsgesellschaft als Sacheinlage zum Nennwert einbrachte. In einem zweiten Schritt kaufte diese Holding die Aktien der anderen Gruppe zum Verkehrswert. Die zur Entrichtung des Kaufpreises notwendigen Mittel verschaffte sich die Holding mittels Darlehen von der nunmehrigen Tochtergesellschaft.

Streitig war die Veranlagung eines Steuerpflichtigen, der der verbleibenden Aktionärsgruppe zugehörte und der vor der Transaktion über einen 10-prozentigen Anteil an der Betriebsgesellschaft verfügt hatte.

Betreffend der direkten Bundessteuer erblickten die Steuerbehörden im geschilderten Vorgehen eine Steuerumgehung. Sie waren der Ansicht, die Neugründung der Holding und die Beanspruchung fremder Mittel sei absonderlich. Die wirtschaftlich angemessene Vorgehensweise hätte vielmehr in einer Gewinnausschüttung der Betriebsgesellschaft be-

¹³¹⁾ Wiedergegeben in ASA 53, 173.

¹³²⁾ Entscheid der Rekurskommission des Kt. BE vom 20. April 1982: NStP 37, S. 42 ff.
Besprechung dieses Entscheides von Gurtner, in ST 9/83 S. 18 ff.

standen. Entsprechend rechneten sie dem Steuerpflichtigen 10 Prozent des mittels Darlehen finanzierten Kaufpreises als steuerbares Einkommen auf.

Anders entschied jedoch die kantonale Wehrsteuer-Rekurskommission. Sie legte dar, dass den Parteien zur Erreichung ihres angestrebten Ziels verschiedene Wege offen gestanden hatten und dass eine durchaus sachgemässe Variante gewählt worden war, die nicht als Steuerumgehung qualifiziert werden könne. Im weiteren wurde auch das Vorliegen eines Anwendungsfailes der bundesgerichtlichen Ausschüttungstheorie verneint. Dies deshalb, weil die verbleibenden Aktionäre zum einen keinen Nennwertgewinn realisiert hatten und damit keine Verschiebung im Sinne der Transponierungstheorie stattgefunden hatte, und zum anderen, weil die veräussernde zweite Aktionärsgruppe an der kaufenden Holdinggesellschaft überhaupt nicht beteiligt war.

1.6. Zürcher Kaffee-Holding Fall ¹³³⁾

Beim Zürcher Kaffee-Holding Fall war die Einschätzung eines Steuerpflichtigen streitig, der über eine Holdinggesellschaft verschiedene in der Kaffeebranche tätige Gesellschaften beherrschte. Dieser Steuerpflichtige verkaufte 1979 sämtliche Holdingaktien an eine ebenfalls in der Kaffeebranche tätige Gesellschaft.

In den Jahren 1972-1979 hatte die Holdinggesellschaft keine Dividenden ausgeschüttet. Der Alleinaktionär hatte jedoch von der Holding und anderen Gruppengesellschaften seit 1975 Darlehen in der Grössenordnung von 1 bis 2 Millionen Franken erhalten. Hinzu kam, dass er kurz vor dem Verkauf der Holdingaktien weitere nicht betriebsnotwendige

¹³³⁾ BGE vom 19. Dezember 1984, in ASA 54, 211 = StR 41, 1986, S. 263 ff = StE 1985 B 24.4 Nr. 5 = SAC 58, 1986, S. 42 ff.
Besprechung dieses Entscheides von Spori, in ST 1985 S. 346 f und von Grüninger, in SAC 58, 1986, S. 44 ff.

Vermögenswerte von Tochtergesellschaften der Holding gegen Kredit in sein Privatvermögen überführte. Dies entsprach einer Bestimmung im Kaufvertrag mit der Erwerberin der Holding-Aktien. In einer weiteren Bestimmung war vereinbart, dass der Kaufpreis von über 24 Millionen Franken teilweise durch die Uebernahme der sich mittlerweile auf über 7 Millionen Franken belaufenden Schuld des Verkäufers zu entrichten sei. 1980 und 1981, das heisst kurz nach dem Verkauf, schritt die Holdinggesellschaft je zu einer massiven Dividendenausschüttung (4.6 und 5 Millionen Franken), wobei die Dividendengutschrift mit der übernommenen Schuld verrechnet wurde. Im Anschluss an die Ausschüttungen nahm die Käuferin eine Wertberichtigung der Holding-Aktien vor.

Der Verkäufer der Holding-Aktien vertrat im Veranlagungs- und nachfolgenden Rechtsmittelverfahren die Ansicht, der ganze Vorgang stelle einen von der direkten Bundessteuer befreiten privaten Kapitalgewinn dar.

Der Steuerkommissär stellte sich jedoch auf den Standpunkt, die 1979 erfolgte Entnahme von nicht betriebsnotwendigen Vermögenswerten gegen Schuld und die anschließende Uebernahme dieser Schuld durch die Käuferin erfülle die Voraussetzungen der Steuerumgehung.

Ebenfalls auf Steuerumgehung erkannte die Bundessteuer-Rekurskommission des Kantons Zürich. Umfangmässig erfasste sie jedoch nicht die 1979 entnommenen Mittel, sondern die in den Jahren 1972-1979 gehorteten und nicht ausgeschütteten Gewinne.

Das Bundesgericht fand einen vierten Weg. Es erfasste den Vorgang direkt als Beteiligungsertrag im Sinne von BdBSt Art. 21 I lit. c und unterwarf die gesamte Darlehenssumme der Einkommenssteuer. Damit bewirkte es eine *reformatio in peius*, ohne dass ein entsprechender Parteiantrag vorgelegen hatte.

Das Bundesgericht legte seinem Entscheid eine wirtschaftliche Betrachtungsweise zugrunde und führte hiezu aus, "... dass Art. 21 Abs. 1 Bst. c BdBSt eine Steuernorm mit wirtschaftlichen Anknüpfungspunkten ist Das Bundesgericht ist darum keineswegs strikt an die zivilrechtliche Gestaltung gebunden, die der Steuerpflichtige gewählt hat, sondern es kann (und soll) den Sachverhalt entsprechend seinem wirtschaftlichen Gehalt rechtlich würdigen." ¹³⁴⁾

Im Lichte dieser wirtschaftlichen Betrachtungsweise prüfte es dann, ob der Steuerpflichtige mit der Begründung der Darlehensschuld der Gesellschaft eine gleichwertige Gegenleistung für die entnommenen Mittel erbracht hatte. Dies verneinte es in der Folge. Entscheidendes Gewicht mass es dabei der Tatsache zu, dass der Käufer die entnommenen, nicht betriebsnotwendigen Aktiven gar nicht miterwerben wollte. Hieraus schloss es, dass der Verkäufer gegenüber seiner Gesellschaft eine Darlehensschuld eingegangen sei, "... die er von vornherein nie zu begleichen gedachte." ¹³⁵⁾ Die Begründung der Darlehensschuld sei für den Beschwerdeführer "... somit eine blosser Formalität und wirtschaftlich völlig bedeutungslos" ¹³⁶⁾. Insofern habe der Verkäufer "... der Gesellschaft keine reelle Gegenleistung für die ihm gewährten geldwerten Vorteile" ¹³⁷⁾ erbracht.

Das Argument, dass es für die verkaufte Gesellschaft einen Unterschied mache, ob die Aktiven mit oder ohne Begründung einer Gegenforderung aus ihr entnommen werden, verwarf das Gericht mit dem Gegenargument, dass hier die Besteuerung des Aktionärs und nicht die der Gesellschaft zur Diskussion stehe.

¹³⁴⁾ ASA 54, 217.

¹³⁵⁾ ASA 54, 218.

¹³⁶⁾ ASA 54, 218.

¹³⁷⁾ ASA 54, 218.

Ebenso verwarf das Bundesgericht den Einwand, dass noch andere Wege bestanden hätten, den gleichen Erfolg ohne Steuerfolgen zu bewirken. Es führte hiez zu aus, diese Hypothese habe sich eben gerade nicht verwirklicht. Demnach könne ihre steuerliche Beurteilung offen bleiben.

2. Doktrin

2.1. Locher ¹³⁸⁾

Locher ist es gelungen, ein dogmatisches Konzept zur steuerlichen Erfassung der oben genannten Fälle zu schaffen. Dieses Konzept baut er auf dem Liquidationstatbestand auf. Dabei vertritt er die Ansicht, dass der Liquidationserlös konzeptionell bedingt Vermögensertrag darstelle und nicht Kapitalgewinn. Das Vorliegen eines Kapitalgewinnes würde die Veräusserung eines Vermögensgegenstandes voraussetzen, woran es nach Locher bei der Liquidation aber gerade fehle, da der zurückzugebenden Aktie kein Vermögenswert mehr zukomme. ¹³⁹⁾

Im weiteren räumt Locher der Sicherung der wirtschaftlichen Doppelbelastung zentrale Bedeutung ein. Massnahmen, die der Vermeidung der Doppelbelastung dienen, müssen seiner Ansicht nach aus steuerlicher Sicht nicht toleriert werden. ¹⁴⁰⁾

Zudem tritt Locher generell dafür ein, dass das, was für eine Totalliquidation gelte, auch für eine Teilliquidation zutreffen müsse. ¹⁴¹⁾ Als Beispiele von Teilliquidationen nennt er den Fall des Rückkaufs eigener Aktien sowie den

¹³⁸⁾ Locher S. 222 ff.

¹³⁹⁾ Locher S. 223.

¹⁴⁰⁾ Locher S. 213 ff und S. 226.

¹⁴¹⁾ Locher S. 223.

Kauf von Anteilen an der Muttergesellschaft durch die Tochtergesellschaft. ¹⁴²⁾

Neben diesen Fällen von "direkter" Teilliquidation zeigt Locher noch den Fall der "indirekten" Teilliquidation auf. Er will mit dem letzteren Begriff den Sachverhalt charakterisieren, bei welchem eine Muttergesellschaft ohne eigene Mittel eine reserveträchtige Tochter erwirbt und den Kaufpreis mittels Entnahme von Mitteln aus der erworbenen Gesellschaft tilgt, "... denn mit dem Aktienerwerb ohne eigene Mittel sind die Weichen für eine Aushöhlung der erworbenen Gesellschaft gestellt ..." ¹⁴³⁾ ¹⁴⁴⁾

Locher weist jedoch auch auf die Grenzen seiner Theorie hin. Insbesondere fliesst seiner Ansicht nach nur dann ein Vermögensertrag aus einem Beteiligungsverkauf, wenn mit dem Vorgang "... eine indirekte Teilliquidation der Betriebs-AG und damit im Ergebnis eine Ausschüttung verbunden ..." ¹⁴⁵⁾ sei. Im weiteren ist zu beachten, dass Locher nur in den Verkaufsfällen einen Anwendungsfall seiner Teilliquidationstheorie sieht, währenddem er Sacheinlagen und die damit verbundenen Nominalwertgewinne nicht als Beteiligungsertrag erfassen will. ¹⁴⁶⁾

¹⁴²⁾ Locher würde heute wohl auch den Zürcher Kaffee-Holding-Fall dem Bereich der Teilliquidation zuordnen.

¹⁴³⁾ Locher S. 223 f (Unterstrichenes ist im Original kursiv gedruckt).

¹⁴⁴⁾ Locher (S. 223 unten und S. 225 f) teilt den aargauer Steuerumgehungsfall dem Bereich der indirekten Teilliquidation zu. Seiner Meinung nach hätte der zur Beurteilung stehende Sachverhalt zwanglos direkt unter den Beteiligungsertragstatbestand subsumiert werden können. Den Rückgriff auf die Steuerumgehung hält er deshalb für unnötig (S. 225 FN 312).

¹⁴⁵⁾ Locher S. 226.

¹⁴⁶⁾ Locher S. 227.

2.2. Vallender ¹⁴⁷⁾

Vallender kommt im Rahmen der Behandlung der oben genannten Transponierungsfälle¹⁴⁸⁾ auf die Theorie der indirekten Teilliquidation zu sprechen. Dabei distanziert er sich von der Locher'schen Theorie. Er begründet dies insbesondere mit dem Argument, dass die Annahme einer indirekten Teilliquidation immer eine unzulässige Sachverhaltsfiktion darstelle.

Zudem weist Vallender nach, dass bei einem Aktienkauf, der aus Mitteln der erworbenen Gesellschaft finanziert wird, sämtliche einzelnen Schritte erfolgsneutral sind und demnach kein Grund zur Besteuerung besteht.

2.3. Bühler ¹⁴⁹⁾

Auch Bühler lehnt die Teilliquidationstheorie ab.

Unter dem Aspekt der direkten Teilliquidation geht er insbesondere auf den Zürcher Kaffee-Holding-Fall ein. Dabei widerspricht er der bundesgerichtlichen These, der verkaufende Aktionär habe seiner Gesellschaft im Zuge der Mittelentnahme keine reelle Gegenleistung erbracht. Eine solche Annahme wäre seiner Ansicht nach nur bei fehlendem "... Rückzahlungswillen sowie mangelnder Rückzahlungsfähigkeit ..." ¹⁵⁰⁾ gerechtfertigt. Beides lag im konkreten Fall aber nicht vor.

¹⁴⁷⁾ Vallender S. 253 f.

¹⁴⁸⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, I.

¹⁴⁹⁾ Zur Theorie der direkten Teilliquidation: Bühler S. 244 ff., zur Theorie der indirekten Teilliquidation: Bühler S. 251 ff.

¹⁵⁰⁾ Bühler S. 248.

Besondere Beachtung schenkt Bühler auch dem Problem des Rückkaufs eigener Aktien. Unter Verweisung auf verschiedene andere Autoren ¹⁵¹⁾ kommt er zum Schluss, sachgerechterweise sei der Vorgang nicht als Beteiligungsertrag zu erfassen, sondern als steuerfreier privater Kapitalgewinn. ¹⁵²⁾

Im weiteren lehnt Bühler auch die Theorie der indirekten Teilliquidation ab. Hiezu führt er insbesondere aus, die Theorie sei "... deshalb abzulehnen, weil sie die Steuerfolgen von der Art der Finanzierung des Erwerbs der Beteiligungsrechte abhängig macht und damit den 'armen' gegenüber dem 'reichen' Käufer benachteiligt." ¹⁵³⁾ Zudem pocht auch er auf die Tatsache, dass die Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne eine bewusste Lücke im System der Gesamtreineinkommensbesteuerung darstellt und eine lückenlose Durchsetzung der wirtschaftlichen Doppelbelastung vom Gesetzgeber gerade nicht gewollt ist.

151) Ryser, Versin, Höhn.

152) Bühler S. 280 ff.

153) Bühler S. 255.

3. Würdigung

3.1. Uebersicht

Will man sich ein systematisches Bild der hier angeschnittenen Problematik machen, so ist es richtig, auf den von Locher geprägten Begriffen aufzubauen. Entsprechend ist zwischen Fällen von direkter und solchen von indirekter Teilliquidation zu unterscheiden. ¹⁵⁴⁾

3.2. Theorie der direkten Teilliquidation ¹⁵⁵⁾

3.2.1. Begriff der direkten Teilliquidation

Von einer direkten Teilliquidation ist dann zu sprechen, wenn im Rahmen einer Aktienübertragung entgegen den formalen Parteivereinbarungen in wirtschaftlicher Betrachtungsweise einer Leistung einer Gesellschaft an den Aktionär keine entsprechende Gegenleistung gegenübersteht, mithin ein einseitiger Fluss an den Gesellschafter vorliegt.

Charakteristisch für den Tatbestand der direkten Teilliquidation sind demnach folgende Kriterien:

- Uebertragung von Aktien oder Austritt eines Aktionärs,
- Formale Parteivereinbarung sieht den Austausch gleichwertiger Leistungen vor,

¹⁵⁴⁾ Anzumerken ist, dass Locher nur den Begriff der "indirekten Teilliquidation" geprägt hat. Ansonsten spricht er generell von "Teilliquidation" (Locher S. 222 ff). In Anlehnung hieran hat sich in der Doktrin aber das Begriffspaar der direkten und der indirekten Teilliquidation entwickelt.

¹⁵⁵⁾ Siehe hiezu die Fälle des Erwerbs eigener Aktien (2. Teil, 5. Kapitel, § 3, II, 1.1., 1.2. und 1.3.) sowie den Kaffee-Holding-Fall (2. Teil, 5. Kapitel, § 3, 1.6.).

- Wirtschaftlich betrachtet steht einer Leistung der Gesellschaft an den Aktionär keine entsprechende Gegenleistung gegenüber.

3.2.2. Steuerliche Behandlung der direkten Teilliquidation

3.2.2.1. Grundsatz

Die generelle Zuteilung der Fälle direkter Teilliquidation in den Bereich des steuerbaren Beteiligungsertrages muss abgelehnt werden.

Vielmehr erfüllen diese Sachverhalte grundsätzlich den Tatbestand des steuerfreien Kapitalgewinnes. Nur ausnahmsweise, etwa beim Vorliegen einer Steuerumgehung, könnte anders entschieden werden.

Im folgenden soll dieses Ergebnis anhand der Analyse verschiedener Einzelfälle, die allesamt die genannten drei Kriterien der "direkten Teilliquidation" erfüllen, erhärtet werden.

3.2.2.2. Rückkauf eigener Aktien

3.2.2.2.1. Rückkauf eigener Aktien mit Kapitalherabsetzung

Erfolgt eine Rückübertragung von Aktien an die Gesellschaft zum Zwecke der Kapitalherabsetzung oder im Hinblick auf eine solche, besteht somit zwischen den beiden Schritten ein direkter Zusammenhang, so erfüllt der Vorgang den Liquidationstatbestand.

Dies entspricht offensichtlich auch dem Willen der jeweils beteiligten Parteien, deren Vorgehen ja gerade auf eine Kapitalherabsetzung ausgerichtet ist. Für eine grundsätzlich verschiedene Behandlung einer blossen Kapitalherabsetzung, mithin einer Teilliquidation, von einer Liquidation besteht im übrigen kein Anlass.

3.2.2.2.2. Rückkauf eigener Aktien ohne Kapitalherabsetzung

Unter dem Aspekt des Rückkaufs eigener Aktien ohne Kapitalherabsetzung ist einerseits der Fall zu behandeln, bei welchem jede formelle Aktienkapitalreduktion im Anschluss an den Aktienrückkauf fehlt. Andererseits ist auch auf denjenigen Vorgang einzugehen, bei welchem es im Anschluss an einen Aktienrückkauf wohl zu einer Kapitalherabsetzung kommt, zwischen den beiden Vorgängen jedoch kein direkter Zusammenhang besteht, weil die Kapitalherabsetzung nicht bereits im Zeitpunkt des Aktienrückkaufs geplant war und somit auch nicht das Motiv des Rückkaufes darstellte.

Beide geschilderten Sachverhalte stellen vorab zivilrechtliche Probleme. Zu beachten ist nämlich das handelsrechtliche Verbot des Erwerbs eigener Aktien.¹⁵⁶⁾ Dabei ist jedoch wesentlich, dass das Bundesgericht dieser Vorschrift nur Ordnungscharakter beimisst. Ein Verstoss gegen diese Norm führt demnach nicht zur Nichtigkeit des zugrunde liegenden Rechtsgeschäftes.¹⁵⁷⁾ Demnach hat aus zivilrechtlicher Sicht der Kaufvertrag des Aktionärs mit seiner Gesellschaft über deren eigene Aktien Bestand. Für die Gesellschaft stellt sich einzig die Pflicht ein, die so erworbenen Papiere mit tunlicher Beschleunigung wieder zu veräussern.

Aus steuerlicher Sicht besteht kein Anlass, von diesen zivilrechtlichen Gegebenheiten abzuweichen und einen Liquidations- bzw Kapitalherabsetzungsfall zu fingieren. Die Liquidation einer Gesellschaft ist eine bewusste, an strenge rechtliche Regeln gebundene Aktion. Fehlt es an diesen

¹⁵⁶⁾ OR 659.

¹⁵⁷⁾ Forstmoser/Meier-Hayoz, Aktienrecht S. 207.

genau vorgegebenen Schritten, so kann man nur mittels Sachverhaltsfiktion zum selben Resultat gelangen. Eine Sachverhaltsfiktion ist jedoch nur beim Vorliegen der Voraussetzungen der Steuerumgehung zulässig. Sie kann, wie oben dargelegt, nicht auf dem Wege der wirtschaftlichen Betrachtungsweise vorgenommen werden. ¹⁵⁸⁾

Verkauft demnach ein Aktionär seiner Gesellschaft eigene Aktien, ohne dass die Absicht der Kapitalherabsetzung besteht, so realisiert er einen privaten Kapitalgewinn. Die Gesellschaft ihrerseits kann auf drei Arten über die Aktien verfügen. Einmal kann sie die Aktien wieder an Dritte veräußern. Zudem kann sie die Papiere aber ganz einfach selbst behalten. Dies kann jedoch Verantwortlichkeitsklagen gegen die Verwaltung nach sich ziehen. ¹⁵⁹⁾ Zuletzt hat sie auch die Möglichkeit, aus freien Stücken und unabhängig vom ursprünglichen Motiv zum Erwerb der eigenen Aktien, zu einer Kapitalherabsetzung zu schreiten. In einem solchen Fall kann es nicht angehen, im Nachhinein beim Aktionär einen Liquidationsgewinn zu konstruieren, denn der vorgängige Verkauf steht in keinem kausalen Zusammenhang mit der nachfolgenden Kapitalreduktion. Fehlt es aber an diesem Zusammenhang, so kann der Vorgang nicht dem Liquidationsfall gleichgesetzt werden.

Die Möglichkeit übrigens, dass die Gesellschaft die erworbenen eigenen Aktien wieder zum Verkehrswert an Dritte veräußern kann, zeigt gerade, dass es nicht zutrifft, dass die Gesellschaft mit dem Aktienrückkauf ein wertlos gewordenes Papier erwirbt. Damit ist auch eine Qualifikation dieses Vorganges als Kapitalgewinn nicht zum vornherein ausgeschlossen. ¹⁶⁰⁾

¹⁵⁸⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, III, 2.2.

¹⁵⁹⁾ OR 754: Verstoss gegen OR 659.

¹⁶⁰⁾ a.M. Känzig 2.A N 112 in fine zu Art. 21;
Forts. Fussnote

3.2.2.2.3. Zusammenfassung

Entgegen der in der Rechtsprechung vertretenen Ansicht und gewichtigen Lehrmeinungen ¹⁶¹⁾ scheint es richtig, zur steuerlichen Qualifikation des Rückkaufes eigener Aktien entscheidend auf das Rückkaufsmotiv und die tatsächliche Kapitalherabsetzung abzustellen.

Nur wenn das Motiv zum Rückkauf eigener Aktien in der Kapitalherabsetzung besteht und diese effektiv auch erfolgt, kann im Umfang des über dem Nennwert liegenden Kaufpreises die Ausrichtung eines verhältnismässigen Anteils am Liquidationserlös gesehen werden. ¹⁶²⁾ Fehlt es aber an diesen Voraussetzungen, so liegt ein privater Kapitalgewinn vor. Eine Besteuerung kann dann nur beim Vorliegen einer Steuerumgehung erfolgen. ¹⁶³⁾, ¹⁶⁴⁾

Forts. Fussnote

Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 54 a - 55 a zu § 19 lit. c + d.

¹⁶¹⁾ Für den Bund: Känzig 2. A N 112 in fine zu Art. 21; Masshardt N 9 g zu Art. 49; Locher S. 223.

Für den Kt ZH: Zuppinger/Schärner/Fessler/Reich, Ergbd. 2.A N 54 a - 55 a zu § 19 lit. c und d.

¹⁶²⁾ Diese Ansicht vertrat einst auch Känzig, in SAC 46, 1974, S. 90, wo er argumentierte, dass aus steuerrechtlicher Sicht nicht gegen zwingende Bilanzvorschriften verstossen werden dürfe. Solange das Grundkapital nicht formell herabgesetzt sei, müsse es demnach in vollem Umfange passiviert werden.

¹⁶³⁾ Im Resultat ähnlich: Bühler S. 280 ff; Ryser, in ZSR 80, 1978 II, S. 177.

¹⁶⁴⁾ Auch die VSt erfasst den Rückkauf eigener Aktien ohne Kapitalherabsetzung als Teilliquidationsfall. Hier wird der Gesellschaft jedoch eine Einjahresfrist zur Wiederveräusserung eingeräumt, bevor die Steuer erhoben wird; siehe Stockar Beispiel 49.

3.2.2.3. Zürcher Kaffee-Holding-Fall ¹⁶⁵⁾

3.2.2.3.1. Allgemeines

Das Bundesgericht hat mit dem Zürcher Kaffee-Holding-Fall einen Entscheid von bedeutender Tragweite gefällt.

Interessant ist, dass es in seinen Erwägungen dem Argument der fehlenden reellen Gegenleistung entscheidende Bedeutung beigemessen hat, dem zentralen Punkt der verdeckten Gewinnausschüttung also. Es hat es jedoch nicht unterlassen, anzudeuten, dass auch eine Begründung mittels der Teilliquidationstheorie möglich gewesen wäre oder mittels der Theorie der Steuerumgehung. ¹⁶⁶⁾

3.2.2.3.2. Kritik ¹⁶⁷⁾

Vorab muss auch hier auf die oben gemachten Ausführungen zur wirtschaftlichen Betrachtungsweise verwiesen werden.

Demnach geht es nicht an, einen Sachverhalt wirtschaftlich zu würdigen und einen nicht verwirklichten dem effektiv vorliegenden gleichzusetzen. ¹⁶⁸⁾ Den anderslautenden bundesgerichtlichen Erwägungen kann demnach nicht zugestimmt werden. ¹⁶⁹⁾

¹⁶⁵⁾ Zum Sachverhalt und den bundesgerichtlichen Erwägungen siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 3, II, 1.6.

¹⁶⁶⁾ ASA 54, 219.

¹⁶⁷⁾ Kritik ebenso bei: Bühler S. 244 ff; Spori, in ST 1985 S. 346 f; Grüniger, in SAC 58, 1986, S. 44 ff.
Siehe auch Ausführungen von Rouiller, in ASA 55, 11 ff, wo er für eine einzelfallgerechte Lösung der Darlehensfälle im Zusammenhang mit der Veräusserung von Beteiligungen eintritt.

¹⁶⁸⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, III, 2.2.2.

¹⁶⁹⁾ ASA 54, 217.

Im weiteren trifft es auch nicht zu, dass es an der reellen Gegenleistung gefehlt hat. Der Steuerpflichtige hatte in der Zeit von 1975 bis 1979 bei seiner Gesellschaft Kontokorrentkredite in der Höhe von annähernd 2 Millionen Franken aufgenommen. Hinzu kam die Entnahme der nicht betriebsnotwendigen Mittel kurz vor dem Verkauf im Werte von über 5 Millionen Franken gegen Schuld.

Immer war ein zivilrechtlich gültiger Darlehensvertrag Grundlage der Kreditgeschäfte. Diese Verträge waren in keiner Phase simuliert.

Auf Seite des borgenden Aktionärs bestand denn auch immer der Rückzahlungswille und auch die Rückzahlungsfähigkeit. Bezüglich dem Rückzahlungswillen kann es dabei nicht darauf ankommen, ob der Aktionär die Absicht hat, die Schuld innert einer bestimmten Frist zu tilgen oder nicht. Langfristige Darlehen haben genauso Bestand wie kurzfristige. Vielmehr ist entscheidend, ob der Aktionär die Schuld anerkennt und Willens ist, die vertraglichen Verpflichtungen einzuhalten. Irgendwelche diesbezügliche Zweifel lassen sich aber dem Sachverhalt nicht entnehmen.

Im übrigen kann hier auf die Ausführungen zur Darlehensgewährung als verdeckte Gewinnausschüttung verwiesen werden ¹⁷⁰⁾, denn der bundesgerichtliche Entscheid muss als Weiterentwicklung dieser Rechtsprechung betrachtet werden. ¹⁷¹⁾ Gesamthaft zeigt sich, dass sich aus den Darlehensgeschäften allein kein Hinweis auf eine fehlende Gegenleistung ergibt.

¹⁷⁰⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 3, VII, 2.2.2.

¹⁷¹⁾ In diesem Zusammenhang ist insbesondere auf den in ASA 53, 54 ff wiedergegebenen BGE betreffend verdeckter Gewinnausschüttung mittels Darlehen an den Aktionär zu verweisen.

Zu prüfen bleibt die Frage, ob die Gegenleistung allenfalls mit dem Aktienverkauf und der gleichzeitigen Uebertragung der Schuldnerstellung betreffend der Darlehen untergegangen ist.

Auch dies muss jedoch verneint werden.¹⁷²⁾ Zum einen gab die finanzielle Situation der Erwerberin bei den die Darlehen gewährenden Gesellschaften keinen Anlass, ihre Debitoren abzuschreiben. Zudem schritt die Erwerberin kurz nach dem Kauf zur Tilgung der Schulden. Eine reelle Gegenleistung wurde somit erbracht.¹⁷³⁾

Abschliessend lässt sich festhalten, dass die Begründung der Darlehensschulden für den verkaufenden Steuerpflichtigen keineswegs wirtschaftlich völlig bedeutungslos war, wie dies das Bundesgericht ausführt. Die Bedeutung dieser Schulden zeigte sich gerade darin, dass diese nur gegen gleichzeitige entsprechende Minderung des Kaufpreises vom Erwerber übernommen wurden. Von einer geldwerten Leistung im Sinne von BdBSt Art. 21 I lit. c kann demnach nicht gesprochen werden.¹⁷⁴⁾

172) Grüniger, in SAC 58, 1986, S. 45.

173) Bühler S. 247.

174) Im übrigen muss auch das bundesgerichtliche Argument zurückgewiesen werden, auf den Einfluss und die Behandlung der Darlehen bei der leihenden Gesellschaft komme nichts an. Richtigerweise hatte nämlich das Bundesgericht noch in ASA 53, 62 ausgeführt, die Umstände in ihrer Gesamtheit seien massgeblich. Bei einem zweiseitigen Vertrag wie einem Darlehensvertrag bedeutet dies, dass immer auch die Stellung der Gegenpartei zu berücksichtigen ist.

Kritik hierzu ebenso bei Scherrer, in ASA 55, 22, der in diesem bundesgerichtlichen Argument die entscheidende Weiterentwicklung zur Auslegung des Begriffs der geldwerten Leistung sieht. "Hier wird nun darauf verzichtet, die Annahme einer geldwerten Leistung von einer irgendwie gearteten Disposition der Gesellschaft zugunsten des Anteilseigners abhängig zu machen; es wird als genügend erachtet, dass der Anteilseigner eine Disposition trifft, die das gleiche wirtschaftliche Resultat hervorbringt, wie wenn die Gesellschaft eine Ausschüttung an den Anteilseigner vorgenommen hätte. Dies - wohlverstanden -, ohne dass geprüft werden müsste, ob die Voraussetzungen einer Steuer-

Forts. Fussnote

Dieser Schluss soll aber nicht über die berechtigten Bedenken hinwegtäuschen, die das vom Steuerpflichtigen gewählte Vorgehen wecken. Nur hätten diese Bedenken unter dem Aspekt der Steuerumgehung ausgeräumt werden müssen, wie dies die Vorinstanzen taten.

3.3. Theorie der indirekten Teilliquidation ¹⁷⁵⁾

3.3.1. Begriff ¹⁷⁶⁾

Nach der Locher'schen Begriffsbestimmung realisiert ein Aktionär dann indirekt einen Teilliquidationserlös, wenn im Rahmen des Verkaufs einer Beteiligung an eine juristische Person diese sich die Mittel zur Begleichung des Kaufpreises bei der erworbenen nunmehrigen Tochtergesellschaft beschafft.

Demnach charakterisieren folgende Elemente den Tatbestand der indirekten Teilliquidation:

- Verkauf einer reserveträchtigen Beteiligung an eine juristische Person,
- Dividendenbezug durch die Käuferin kurz nach dem Kauf,
- Verwendung der bezogenen Dividende zur Tilgung der Kaufpreisschuld (entweder gegenüber dem Verkäufer oder aber gegenüber der erworbenen Gesellschaft, wenn diese der Erwerberin zur Begleichung des Kaufpreises ein entsprechendes Darlehen gewährt hat).

Forts. Fussnote

umgehung erfüllt seien." (Unterstrichenes ist im Original kursiv gedruckt.)

175) Siehe hiezu den Aargauer sowie den Berner Fall (2. Teil, 5. Kapitel, § 3, II, 1.4. und 1.5.) und in einem weiteren Sinn auch den Zürcher Holding Fall von 1973 (2. Teil, 5. Kapitel, § 2, I, 2) sowie den Kaffee-Holding-Fall (2. Teil, 5. Kapitel, § 3, II, 1.6.).

176) Locher S. 223 ff.

3.3.2. Steuerliche Behandlung

Die generelle Subsumtion der Fälle indirekter Teilliquidation unter den Tatbestand des steuerbaren Beteiligungsertrages muss abgelehnt werden.

Insbesondere zwei Argumente führen zu diesem Schluss:

Zum einen setzt eine Besteuerung dieser Fälle voraus, dass mit einer doppelten Fiktion gearbeitet wird. Fingiert werden muss dabei einerseits die Teilliquidation, ohne dass irgendwelche diesbezüglichen Schritte vorlägen. Fingiert werden muss aber andererseits auch die Kausa der Leistung.¹⁷⁷⁾ Eine im Gesellschaftsverhältnis begründete Leistung der Gesellschaft an den Aktionär erfolgt nämlich eindeutig nicht.¹⁷⁸⁾ Solche Fiktionen sind jedoch nur beim Vorliegen einer Steuerumgehung zulässig, nicht aber im Rahmen der wirtschaftlichen Betrachtungsweise.¹⁷⁹⁾

Im weiteren fehlt es auch an der Rechtfertigung, die Steuerfolgen des Verkaufs einer Beteiligung einerseits davon abhängig zu machen, ob es sich beim Käufer um eine natürliche oder juristische Person handelt, andererseits davon, ob der Käufer über die zur Begleichung des Kaufpreises notwendigen Mittel selbst verfügt oder sie allenfalls bei einem unabhängigen Dritten verfügbar machen kann, oder ob er sie sich bei der erworbenen Gesellschaft beschafft.¹⁸⁰⁾ Dies sind Kriterien, die den Bereich des Erwerbers betreffen, nicht aber denjenigen des Verkäufers.

¹⁷⁷⁾ Vallender S. 254.

¹⁷⁸⁾ Scherrer, in ASA 55, 22; Bühler, in StR 41, 1986, S. 556 f.
Eine Gewinnausschüttung erfolgt nur an die Käuferin, nicht aber an den Verkäufer.

¹⁷⁹⁾ Siehe hiezu vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 2, III, 2.2.2.

¹⁸⁰⁾ Bühler S. 255 und S. 419 unten; Grüniger, in SAG 58, 1986, S. 46.

Wie wenig berechtigt die Berücksichtigung solcher Elemente ist, zeigt auch die Tatsache, dass der Verkäufer ja meist die Art der Finanzierung durch den Käufer nicht bestimmen kann. Selbst bei einem finanzstarken Käufer besteht aber keine Sicherheit darüber, dass dieser sich die Mittel zur Begleichung der Kaufpreisschuld nicht aus der neu erworbenen Gesellschaft beschafft.

Erneut stehen wir demnach vor der Tatsache, dass ein privater Kapitalgewinn in Vermögensertrag umfunktioniert wird, mit dem Ziel, die scheinbar gesetzlich gewollte wirtschaftliche Doppelbelastung durchzusetzen.¹⁸¹⁾ Einmal mehr wird dabei die ebenso gewollte und konzeptionell bedingte Steuerfreiheit privater Kapitalgewinne missachtet.¹⁸²⁾

Abschliessend ist darauf hinzuweisen, dass die hier vertretene Auffassung nicht darüber hinwegtäuschen soll, dass solche "Aushöhlungsfälle" oft die Züge einer Steuerumgehung tragen.¹⁸³⁾ Trifft dies zu, so sind selbstverständlich die entsprechenden Steuerfolgen anzuknüpfen.

3.4. Schlussbetrachtungen

Werfen wir einen Blick zurück auf die dargelegte Entwicklung der Rechtsprechung, so lässt sich erahnen, was uns noch bevorsteht.¹⁸⁴⁾ Die immer freier werdende bundesgerichtliche Argumentation gleicht einer ins Rollen gera-

181) Locher S. 226.

182) Bühler S. 255.

183) Steuerumgehung bejaht im Aargauer Fall, verneint im Berner Fall: siehe vorne: 2. Teil, 5. Kapitel, § 3, II, 1.4. und 1.5.

184) Siehe auch weitere Fälle bei Masshardt N 74 zu Art. 21.

tenen, nicht mehr zu bremsenden Lawine. Entscheide über extreme Sachverhalte werden immer wieder zu Unrecht zur allgemeinen Rechtspraxis.

Mit dieser konstanten Weiterentwicklung der Praxis geht aber ein Verlust an Rechtssicherheit einher.¹⁸⁵⁾ Im übrigen kommen Zweifel auf, ob das Bundesgericht an seiner einst gemachten und an sich selbstverständlichen Aussage immer noch festhält, wonach es dem Steuerpflichtigen grundsätzlich frei steht, seine Verhältnisse so steuergünstig wie möglich zu gestalten. "Le Tribunal fédéral a jugé à plusieurs reprises que chacun peut en principe organiser son activité économique de manière à payer le moins possible d'impôts, en particulier adopter, parmi plusieurs structures juridiques envisageables, celle qui entraîne la charge fiscale la plus faible."¹⁸⁶⁾

III. Faktische Liquidation, insbesondere der Mantelhandel

1. Problem

Der Mantelhandel gilt seit je her als das klassische Beispiel einer faktischen Liquidation, eines Vorganges, bei dem zwar formell keine Liquidationsschritte erfolgen, der jedoch wirtschaftlich zu einem der Liquidation vergleichbaren Resultat führt.

Ein Mantelhandel liegt demnach vor, "... wenn die bisher an der Gesellschaft Beteiligten den Willen haben, die durch die Gesellschaft ausgeübte Unternehmungstätigkeit aufzugeben und die Aktiven der Gesellschaft in liquide Form bringen, jedoch die Gesellschaft nicht formell liquidieren, sondern die Beteiligungsrechte an einen Dritten veräussern,

¹⁸⁵⁾ Spori, in ST 1985 S. 347; Grüniger, in SAC 58, 1986, S. 46.

¹⁸⁶⁾ BGE 102 I b 156 = ASA 45, 530.

welcher mit der Gesellschaft eine Unternehmungstätigkeit ausübt." 187)

Als typische Anwendungsfälle nennt Bourquin neben dem zivilrechtlichen Mantelhandel "... als Handel mit dem formellen Gebilde einer wirtschaftlich bereits liquidierten, juristisch aber noch nicht aufgelösten Gesellschaft ..." 188) den Fall des Verkaufs einer reinen Vermögensverwaltungsgesellschaft, denjenigen der Umwandlung einer Produktions- oder Handelsgesellschaft in eine reine Vermögensverwaltungsgesellschaft mit anschliessendem Verkauf und denjenigen des Verkaufs einer auf Vorrat gegründeten Aktiengesellschaft.

Im weiteren scheint die Praxis aber neben dem Mantelhandel auch solche Fälle als faktische Liquidation zu erfassen, bei welchen die Gesellschaftsaktiven auf Veranlassung des Erwerbers entweder veräussert oder in dessen Privatvermögen übertragen werden, die Gesellschaft jedoch formell ebenfalls nicht liquidiert wird. 189)

In der Regel wird mit der Vornahme eines Mantelhandels auf Seite des Verkäufers wie auch auf Seite des Erwerbers eine Steuerersparnis angestrebt. Dies darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass es auch wirtschaftlich motivierte Fälle von Mantelhandel gibt. Zu denken ist dabei etwa an die Möglichkeit der Weiterführung einer Firma oder an den Zeitgewinn, der aus dem Kauf eines Aktienmantels gegenüber einer formellen Neugründung resultiert.

Trotz dieser durchaus möglichen wirtschaftlichen Rechtfertigung eines Mantelhandels bezeichnet das Bundesgericht

187) Cagianut/Höhn § 12 N 76.

188) Bourquin S. 25, ebenso S.3.

189) Cagianut/Höhn § 12 N 77; Bühler S. 237 und S. 420 ff.

diesen Vorgang aus zivilrechtlicher Sicht als nichtig. ¹⁹⁰⁾
Es sieht in ihm einen Verstoß gegen die handelsrechtlichen
Liquidations- sowie Gründungsnormen. ¹⁹¹⁾

2. Steuerfolgen des Mantelhandels

2.1. Allgemeines

Der Mantelhandel wird aus steuerrechtlicher Sicht der Liquidation der Gesellschaft mit anschließender Neugründung gleichgesetzt. ¹⁹²⁾ Hieraus folgt, dass er einmal Emissionsabgaben nach sich zieht, dann aber auch Verrechnungssteuern und überdies Einkommens- und Ertragssteuern.

Obwohl nur die Einkommenssteuern zum eigentlichen Thema dieser Arbeit gehören, soll zum besseren Verständnis der Problematik kurz auch auf die anderen anfallenden Steuern eingegangen werden.

2.2. Emissionsabgabe

Das Stempelsteuergesetz ¹⁹³⁾ besitzt mit seinem Art. 5 Abs. 2 lit. b einen eigens auf den Mantelhandel ausgerichteten Ersatztatbestand.

Dieser Tatbestand stellt der emissionsabgabepflichtigen Begründung von Beteiligungsrechten an einer Aktiengesellschaft den Handwechsel der Mehrheit der Beteiligungsrechte

¹⁹⁰⁾ BGE 55 I 134 ff; BGE 64 II 361 ff; BGE 80 II 64; BGE 97 IV 17.

¹⁹¹⁾ Anderer Meinung ist von Greyerz S. 57 f, der den Mantelhandel aus zivilrechtlicher Sicht als zulässig betrachtet.

¹⁹²⁾ Cagianut/Höhn § 12 N 76; Bühler S. 238; Pfund Bd I S. 113 f N 3.48 zu Art. 4 I lit. b; Stockar S. 79 f Nr. 3 und S. 120 f Nr. 47.

¹⁹³⁾ Bundesgesetz über die Stempelabgaben, SR 641.10.

an einer inländischen Aktiengesellschaft, die wirtschaftlich liquidiert oder in liquide Form gebracht worden ist, gleich.

Abgabepflichtig ist die betroffene Aktiengesellschaft selbst.¹⁹⁴⁾ Die Steuerforderung, die im Zeitpunkt des Handwechsels entsteht¹⁹⁵⁾, beläuft sich auf 3 % des Reinvermögens der Aktiengesellschaft im Zeitpunkt des Handwechsels, mindestens aber auf 3 % vom Nennwert aller bestehenden Anteile¹⁹⁶⁾.

Erfasst wird nach der bundesgerichtlichen Praxis, entgegen dem formalen Wortlaut des Ersatztatbestandes, nicht nur der Fall, bei welchem die Mehrheit der Beteiligungsrechte uno actu die Hand wechselt. Erfasst wird vielmehr auch eine zeitlich gestaffelte Uebertragung mehrerer Minderheitspakete, die zusammen betrachtet eine Mehrheit ergeben, sowie die personell gestaffelte Uebertragung, bei welcher sich verschiedene Minderheitsaktionäre zu einem koordinierten Vorgehen zusammentun.¹⁹⁷⁾

194) Stempelsteuergesetz Art. 10 I.

Der Veräusserer des Mantels haftet jedoch solidarisch mit der Gesellschaft für die Steuer (Art. 10 II Satz 2).

195) Stempelsteuergesetz Art. 7 I lit. e.

196) Stempelsteuergesetz Art. 8 I lit. c.

197) ASA 52, 649 ff.
Bourquin S. 52 ff; Bühler S. 242.

2.3. Verrechnungssteuer

Dem Verrechnungssteuergesetz fehlt ein eigens auf den Mantelhandel zugeschnittener Ersatztatbestand. Dieses Fehlen hat zur Folge, dass die allgemeinen Regeln der Steuerumgehung¹⁹⁸⁾ Anwendung finden.¹⁹⁹⁾

Bei der Umschreibung des Begriffs des Mantelhandels hält sich die Praxis zur Verrechnungssteuer weitgehend an den stempelrechtlichen Begriff.²⁰⁰⁾ Dies geht so weit, dass es das Bundesgericht in seinen Entscheiden zur Verrechnungssteuer sogar unterlässt, die einzelnen Voraussetzungen zur Steuerumgehung zu prüfen. Ein stempelrechtlicher Mantelhandel wird direkt als verrechnungssteuerlicher Liquidationsvorgang erfasst.²⁰¹⁾ Gleich verfährt im übrigen auch die Doktrin.²⁰²⁾

Objekt der Verrechnungssteuer ist die Differenz zwischen dem Kaufpreis für die Beteiligungsrechte an der faktisch liquidierten Gesellschaft und dem einbezahlten Grundkapital.²⁰³⁾ Die Entrichtung des Kaufpreises durch den Erwerber wird somit der Ausschüttung des Liquidationsüberschusses durch die Gesellschaft gleichgestellt.

198) VStG Art. 21 II.

199) Bourquin S. 60; Bühler S. 238; Stockar S. 80 Nr. 3.
ASA 52, 652 f.

200) Bourquin S. 61.

201) ASA 52, 649 ff; ASA 44, 378 ff.

202) Pfund Bd I S. 114 N 3.48 zu Art. 4 I lit. b; Vuillemin, in ST 5/81 S. 22.

203) ASA 52, 653; ASA 44, 383 unten.
Bühler S. 238; Bourquin S. 61; Stockar S. 80 Nr. 3 und S. 120 Nr. 47.

Steuersubjekt ist die wirtschaftlich liquidierte Gesellschaft²⁰⁴⁾, die die Steuer auf den den Mantel verkaufenden Aktionär überwälzen muss²⁰⁵⁾. Unterlässt sie dies, so erhöht sich der steuerbare Liquidationsertrag "ins Hundert".²⁰⁶⁾

Besonderer Beachtung bedarf der Fall, bei welchem der Kaufpreis für den Aktienmantel unter dem Grundkapital liegt, weil ein Verlustvortrag besteht. Hier ergibt sich zwar für den Veräusserer kein steuerbarer Liquidationsüberschuss, trotzdem kann der Vorgang zu Verrechnungssteuern führen. Dies trifft dann zu, wenn das statutarische Grundkapital im Anschluss an den Mantelhandel nicht vom Erwerber, sondern von der Gesellschaft aus erarbeiteten Gewinnen neu aufgebracht wird. Die Praxis setzt diesen Vorgang der Gratisaktienausgabe gleich.²⁰⁷⁾

2.4. Direkte Steuern

Der direkten Bundessteuer fehlt es genauso an einem auf den Mantelhandel ausgerichteten Ersatztatbestand wie der Verrechnungssteuer. So wird denn auch aus dieser Sicht der Mantelhandel unter dem Aspekt der Steuerumgehung erfasst und der Liquidation der alten und Neugründung einer neuen Gesellschaft gleichgestellt.²⁰⁸⁾

Die Umschreibung des Mantelhandels erfolgt auch für die direkte Bundessteuer nicht nach eigenen Kriterien. Vielmehr

204) VStG Art. 10 I.

205) VStG Art. 14 I.

206) Höhn Bd 8 § 28 N 27.

207) Bühler S. 240; Stockar S. 120 f Nr. 47; Pfund Bd I N 3.38 zu Art. 4 I lit. b.

208) Bourquin S. 81 und 83; Bühler S. 243; Stockar S. 121 Nr. 47.

werden ebenfalls die im stempelrechtlichen Ersatztatbestand enthaltenen Kriterien übernommen. ²⁰⁹⁾

Da der Mantelhandel der Liquidation der Gesellschaft gleichgestellt wird, wirkt er sich einmal dahingehend aus, dass die betroffene Gesellschaft nach den Regeln der natürlichen Personen besteuert wird, falls die den Mantelhandel vorbereitenden Handlungen bereits bei Beginn der Veranlagungsperiode aufgenommen sind und falls nach den Regeln der juristischen Personen nicht ein geringerer Steuerbetrag zu entrichten wäre. ²¹⁰⁾

Im weiteren folgt, dass die Gesellschaft die Liquidationsgewinnsteuer schuldet. ²¹¹⁾ Diese beschlägt sämtliche in der Berechnungs- und in der Veranlagungsperiode erzielten Kapitalgewinne und Wertvermehrungen mit einer nach den für natürliche Personen geltenden Grundsätzen errechneten vollen Jahressteuer. Sie zielt insbesondere auf bisher nicht versteuerte Reserven ab, die ohne Spezialregelung unbesteuert blieben. ²¹²⁾

Weitere steuerliche Konsequenzen ergeben sich nach erfolgtem Mantelhandel. Da die Gesellschaft einer neu gegründeten gleichgestellt wird, findet ein Wechsel von der Vergangenheit- zur Gegenwartsbemessung statt. ²¹³⁾

Von grosser Tragweite ist auch die Tatsache, dass ein bei der Gesellschaft vor dem Mantelhandel allenfalls bestehender

²⁰⁹⁾ Bourquin S. 81.

²¹⁰⁾ BdBSt Art. 53 I.
Bourquin S. 82.

²¹¹⁾ BdBSt Art. 53 II.
Bourquin S. 83.

²¹²⁾ Masshardt N 3 ff zu Art. 53.

²¹³⁾ BdBSt Art. 58 IV lit. a.
Stockar S. 121 Nr. 47; Bourquin S. 84; Bühler S. 243.

Verlustvortrag steuerlich nicht mehr anerkannt wird, dieser Verlust demnach nicht mit neu erwirtschafteten Gewinnen verrechnet werden kann.²¹⁴⁾

Nebst diesen die Gesellschaft betreffenden Steuerfolgen ergeben sich solche aber auch auf der Stufe der Aktionäre. Uebersteigt der Kaufpreis für den Aktienmantel das einbezahlte Grundkapital, so realisiert der Veräusserer nach heute herrschender Praxis²¹⁵⁾ steuerbaren Beteiligungsertrag.²¹⁶⁾

Wird andererseits ein Aktienmantel mit Verlustvortrag veräussert und bringt die Gesellschaft das fehlende Grundkapital aus selbst erwirtschafteten Gewinnen wieder auf, so kommt dies auch aus einkommenssteuerlicher Sicht einer Gratisaktienausgabe gleich.²¹⁷⁾ Im Bund führt dies zur sofortigen Besteuerung²¹⁸⁾, im Kanton Zürich erst bei einer allfälligen späteren Liquidation der Gesellschaft²¹⁹⁾.

214) Stockar S. 121 Nr. 47; Bourquin S. 84; Bühler S. 243.

215) Zur Kritik hieran siehe vorne: 2. Teil, 2. Kapitel, § 5, II, 4.3.2.

216) Bourquin S. 81 und S. 84.

217) Bourquin S. 85; Stockar S. 121 Nr. 47; Bühler S. 243.

218) Siehe vorne: 2. Teil, 4. Kapitel, § 2, I.

219) Siehe vorne: 2. Teil, 4. Kapitel, § 3, I, 2.

6. KAPITEL: Das verdeckte Eigenkapital

§ 1: Begriff

Unter verdecktem Eigenkapital ¹⁾ versteht man Fremdkapital, das einer Aktiengesellschaft in ungewöhnlichem Umfange gewährt wird und dem wirtschaftlich die Funktion von Eigenkapital zukommt.

Das Steuerrecht weicht von den zivilrechtlichen Gegebenheiten ab und qualifiziert Fremdkapital zu Eigenkapital um.

Ziel dieses Vorgehens ist die Sicherung der wirtschaftlichen Doppelbelastung. Es soll verhindert werden, dass eine Gesellschaft ihre Erträge in Form von un versteuerten Passivzinsen weiterleitet, statt in Form vorversteuerter Dividenden. ²⁾

§ 2: Freiheit bei der Finanzierung einer Aktiengesellschaft

Das schweizerische Handelsrecht lässt den juristischen Personen in der Ausgestaltung ihrer Finanzierung grosse Freiheit. Es statuiert insbesondere keinen Höchstgrad an zulässiger Verschuldung. ³⁾ Die Aktiengesellschaften kön-

1) Der Begriff "verdecktes Eigenkapital" gilt für das Steuerrecht. Im Handelsrecht fällt der vergleichbare Vorgang unter den Begriff des "kapitalersetzenden Darlehens".

2) Burki S. 1 ff; Masshardt N 28 zu Art. 49; Känzig 2. A N 53 zu Art. 2. ASA 42, 205; ASA 34, 168 f: "..., wenn sich das ungewöhnliche Vorgehen lediglich daraus erkläre, dass der Aktionär am Reinertrag der Gesellschaft zum Zwecke der Steuerersparnis in der Form des Passivzinses statt der Dividende beteiligt sein wolle."

3) Nur bei Banken bestehen konkrete Vorschriften bezüglich Eigenmittel: Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.0) Art. 4 sowie Verordnung zum Bundesgesetz über die Banken und Sparkassen (SR 952.02) Art. 11 ff.

nen demnach ihr Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital frei bestimmen.⁴⁾

Dieser Freiheit schliesst sich grundsätzlich auch das Steuerrecht an. So statuieren weder der Bundessteuerbeschluss noch die meisten kantonalen Steuerordnungen ein zwingend einzuhaltendes Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital.⁵⁾

Es steht demnach einer Aktiengesellschaft auch aus steuerlicher Sicht frei, wie sie sich finanzieren will. Dies gilt selbst dann, wenn der Fremdkapitalgeber ihr Aktionär ist.

Zu beachten bleibt jedoch, dass das Steuerrecht nicht generell an die zivilrechtlichen Gegebenheiten gebunden ist. Unter gewissen Voraussetzungen kann es über diese hinweggehen.⁶⁾ Dies ist dann der Fall, wenn eine Steuernorm ausdrücklich ein Abweichen vom Zivilrecht vorsieht, oder aber beim Vorliegen einer Steuerumgehung.

4) von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen S. 548; Känzig, 2.A. N. 53 zu Art. 2; Prym S. 143; Schmid, in StR 39, 1984, S. 209.

5) Masshardt N 28 zu Art. 49; Cagianut/Höhn § 10 N 73; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 233 f; Schmid, in StR 39, 1984, S. 210 f. StR 41, 1986, S. 405; ASA 45, 529.

6) ASA 34, 166; ASA 41, 248; ASA 45, 529.

§ 3: Steuerumgehung als Grundlage der Erfassung verdeckten Eigenkapitals⁷⁾

1. Steuerumgehung im allgemeinen

1. Begriff der Steuerumgehung

Nach konstanter bundesgerichtlicher Praxis⁸⁾ liegt eine Steuerumgehung dann vor, wenn

- die von den Beteiligten gewählte Rechtsgestaltung als ungewöhnlich, sachwidrig oder absonderlich, jedenfalls den wirtschaftlichen Gegebenheiten völlig unangemessen erscheint,
- anzunehmen ist, dass diese Wahl missbräuchlich, lediglich deshalb getroffen worden ist, um Steuern einzusparen, welche bei sachgemässer Ordnung der Verhältnisse geschuldet wären,
- das gewählte Vorgehen tatsächlich zu einer erheblichen Steuerersparnis führen würde, falls es von der Steuerbehörde hingenommen würde.⁹⁾

Drei Tatbestandselemente müssen demnach gegeben sein, damit eine Steuerumgehung vorliegt. Dabei handelt es sich um ein objektives, ein subjektives und ein effektmässiges

7) Da es im Bund wie auch im Kanton Zürich an einer ausdrücklichen Norm zur Besteuerung des verdeckten Eigenkapitals fehlt, kann dieses nur beim Vorliegen einer Steuerumgehung erfasst werden.

8) Das Bundesgericht stützt sich bei seiner Definition auf die Ausführungen Blumensteins (Blumenstein S. 26 ff.).

9) Zum ersten Mal in dieser Art formuliert in BGE 59 I 284 ff.
Weitere Bsp.: ASA 50, 149; ASA 45, 530; ASA 42, 544 f; ASA 40, 516.

Element.¹⁰⁾ Es obliegt dem Fiskus, das Vorliegen aller drei Kriterien nachzuweisen.¹¹⁾

2. Charakteristikum der Steuerumgehung

Für die Steuerumgehung charakteristisch ist die Tatsache, dass der Steuerpflichtige absichtlich das Eintreten eines steuerbegründenden Sachverhaltes verhindert, trotzdem aber den wirtschaftlichen Erfolg anstrebt, der sich aus der umgangenen Konstruktion ergeben würde. Hiezu bedient er sich eines nicht angemessenen, absonderlichen Vorgehens.¹²⁾

Fehlt es an diesem unsachgemässen Vorgehen, so kann nicht von einer Steuerumgehung gesprochen werden. Vielmehr liegt dann eine erlaubte Steuereinsparung vor.¹³⁾

10) Die Doktrin schliesst sich der bundesgerichtlichen Begriffsbestimmung an: Känzig 2. A N 40 zu Art. 2; Höhn Bd 8 § 44 N 9 ff; Meili S. 11 f; Läubli S. 16 ff; Burki S. 46.

11) Insbesondere beim subjektiven Element, dem Motiv der Steuerersparnis, hält sich das Bundesgericht aber nicht an die dargelegte Beweislastverteilung. Vielmehr kehrt es diese regelmässig um und bürdet dem Steuerpflichtigen den Entlastungsbeweis auf. Dabei geht es jeweils so vor, dass es ausführt, ein bestimmtes Vorgehen lasse sich nicht anders als mit der Absicht, Steuern zu sparen, begründen, zumindest brächte der Steuerpflichtige keine anderen Argumente vor. Siehe hiezu: StR 41, 1986, S. 407; ASA 45, 531; ASA 42, 545; ASA 41, 249.

Kritik ebenso bei: Burki S. 85 f.

Siehe aber Meili S. 9 ff: Er verlangt sogar, dass die Gerichte strenge Anforderungen an den Entlastungsbeweis zu stellen hätten. Nur "einwandfrei nachgewiesene sachliche Gründe" (S. 10) sollen genügen. Damit erreicht er aber, dass der Steuerumgehungstatbestand nicht mehr aus den drei Elementen besteht, sondern nur noch aus zwei.

12) Känzig 2. A N 38 ff zu Art. 2; Blumenstein S. 26 ff; Meili S. 4 ff; Höhn Bd 8 § 44 N 10 f; Höhn, in StR 29, 1974, S. 145.

13) Blumenstein S. 28; Meili S. 15 ff.

II. Steuerumgehung im Bereich der Finanzierung einer Aktiengesellschaft

1. Allgemeines

Sowohl nach Bundessteuerrecht als auch nach zürcherischem Recht kann nur dann von verdecktem Eigenkapital gesprochen werden, wenn die Voraussetzungen der Steuerumgehung erfüllt sind, die Rechtsgestaltung somit missbräuchlich gewählt wurde, um Steuern zu sparen und dieses Ziel auch tatsächlich erreicht wurde.¹⁴⁾

Fehlt es an diesen Voraussetzungen, so ist eine Umqualifikation von Fremd- zu Eigenkapital von vornherein ausgeschlossen.

2. Die drei Elemente der Steuerumgehung bezogen auf die Fremdfinanzierung

2.1. Ungewöhnliches Finanzierungsverhältnis

2.1.1. Einleitende Bemerkungen

Heute steht fest, dass weder aus betriebswirtschaftlicher noch aus rechtlicher Sicht generell gesagt werden kann, welches Verhältnis von Fremd- zu Eigenkapital einer Unternehmung angemessen sei.¹⁵⁾ Dies ist vielmehr ein Entscheid, der gestützt auf die individuelle Situation einer Gesellschaft und unter Berücksichtigung ihres konkreten Umfeldes gefällt werden muss. Dass dabei schematischen

¹⁴⁾ Reimann/Zuppinger/Schärner Bd III N 8 zu § 47; Känzig 2. A. N 53 zu Art. 2; Burki S. 71 ff; Pestalozzi S. 90 f; Cagianut/Höhn § 10 N 74; Zuppinger/ Bockli/Locher/Reich S. 234.
ASA 51, 150; ASA 45, 535; StR 41, 1986, S. 405; StE 1986 B 73.12 Nr. 3; StE 1986 B 73.12 Nr. 4.

¹⁵⁾ Burki S. 27, 32 f und 42; Schmid, in StR 39, 1984, S. 223.

Regelungen nur der Charakter von Richtlinien zukommen kann, ist offensichtlich. 16)

Dies hat auch die Eidgenössische Steuerverwaltung in ihrem Merkblatt vom 10. Juli 1968 betreffend verdecktem Eigenkapital bei Immobiliengesellschaften erkannt. Entsprechend legt sie in ihrem Merkblatt wohl verbindliche Richtlinien bezüglich Fremdfinanzierungsgrad fest, sie lässt jedoch den Nachweis ausdrücklich zu, dass in einem konkreten Fall auch eine abweichende Lösung sachlich gerechtfertigt ist. 17)

2.1.2. Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung bezüglich verdecktem Eigenkapital

Eine ungewöhnliche Finanzierung liegt nach der Ansicht der Eidgenössischen Steuerverwaltung bei Immobiliengesellschaften dann vor, wenn die Gesellschaft

- ihre Tätigkeit ohne die in Frage stehenden Mittel nicht im tatsächlich erfolgten Umfange aufnehmen oder weiterführen könnte,
- aus eigener Kraft die notwendigen Mittel bei Dritten nicht erhalten hätte und
- diese Mittel in einem für Fremdfinanzierungen nicht üblichen Masse dem Risiko des Geschäftserfolges aussetzt.

Diese drei Kriterien müssen kumulativ erfüllt sein. 18)

16) Siehe auch den Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungssteuer und Multinationale Unternehmungen", Ziff. 191. Ebenso: Cagianut/Höhn § 10 N 77; Schmid, in StR 39, 1984, S. 226.

17) Siehe Ziff. 2.5. des Merkblattes vom 10. Juli 1968.

18) Merkblatt der EStV vom 10. Juli 1968 Ziff. 1.3. f.

2.1.3. Uebernahme der Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung durch Praxis und Doktrin

Das Bundesgericht hatte verschiedentlich Gelegenheit, zum Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung Stellung zu nehmen. Dabei anerkannte es regelmässig dessen Gesetzmässigkeit¹⁹⁾ und übernahm die darin statuierten Grundsätze.²⁰⁾ Es unterliess es jedoch nicht, immer wieder zu betonen, dass dem Merkblatt nicht der Charakter einer Rechtsverordnung zukomme, sondern nur der einer administrativen Weisung.²¹⁾

Gleich wie das Bundesgericht hat auch die Doktrin auf das Merkblatt reagiert. Die statuierten Kriterien werden als tauglich erachtet.²²⁾

2.1.4. Würdigung der drei Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung

Im Rahmen der drei Kriterien der Eidgenössischen Steuerverwaltung kommt der "Erhältlichkeit der Mittel aus eigener Kraft" zentrale Bedeutung zu.²³⁾ Dieses Element dient der Vornahme eines Marktvergleiches, vergleichbar dem Drittvergleich bei verdeckten Gewinnausschüttungen.²⁴⁾

19) StR 41, 1986, S. 405; ASA 53, 91; ASA 51, 150; ASA 42, 544; ASA 42, 204.

20) StR 41, 1986, S. 406 f; ASA 53, 91; ASA 51, 150; ASA 42, 545.

21) StR 41, 1986, S. 405; ASA 42, 542.

22) Cagianut/Höhn § 10 N 77; Känzig 2. A N 53 f zu Art. 2; Burki S. 71 ff; Meili S. 107 ff; Schmid, in StR 39, 1984, S. 213; Weidmann, in StR 34, 1979, S. 328.

23) Känzig konzentriert seine Ausführungen zur ungewöhnlichen Finanzierung denn auch auf dieses Element: Känzig 2. A N 53 zu Art. 2. Siehe auch: Burki S. 83, von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen S. 550 ff, der vom "Drittmannstest" spricht; Schmid, in StR 39, 1984, S. 223 f.

24) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 3.

Solange demnach die Beziehungen zwischen Aktionär und Aktiengesellschaft diesem Marktvergleich standhalten, besteht kein Anlass zum Einschreiten. Nützen die Vertragsparteien jedoch ihre enge Beziehung zur Vornahme einer unsachgemässen Finanzierung, wie sie im freien Verkehr nicht möglich wäre, aus, so rechtfertigt sich eine Korrektur.²⁵⁾

Dabei ist zu beachten, dass nur bei krassen Missverhältnissen und massgeblichen Abweichungen von den Marktbedingungen eingeschritten werden darf, weil sich nur unter solchen Voraussetzungen der Vorwurf des Missbrauchs erhärten lässt. Auf eine verdeckte Gewinnausschüttung, einem Fall direkter Gesetzesanwendung, kann nur beim Vorliegen eines offensichtlichen Missverhältnisses geschlossen werden.²⁶⁾ Entsprechend sind bei einem Steuerumgehungsfall noch strengere Anforderungen zu stellen. Nur dann, wenn jede wirtschaftliche Rechtfertigung einer hohen Fremdfinanzierung fehlt, kann man das Element der ungewöhnlichen Finanzierung als gegeben betrachten und korrigierend einschreiten.

Von wesentlicher Tragweite ist auch die Tatsache, dass die Eidgenössische Steuerverwaltung richtigerweise nur dann verdecktes Eigenkapital annimmt²⁷⁾, wenn der Darleiher ein Gesellschafter ist.²⁸⁾ Sobald sich nämlich ein unabhängiger Dritter bereiterklärt, einer Gesellschaft Kredite zu gewähren, ist es ganz ausgeschlossen, von einer Steuerumgehung zu sprechen. In diesem Falle spielt gerade der Markt. Will ein Dritter das Risiko eingehen, einer Gesell-

25) ASA 45, 535; ASA 45, 483; StE 1986 B 73.12 Nr. 4 b; StR 41, 1986, S. 406.

26) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, II, 1.2.2.2.3.

27) Merkblatt der EStV vom 10. Juli 1968 Ziff. 1.32 (... die notwendigen Mittel bei Dritten nicht erhalten hätte ...).

28) Ebenso: Cagianut/Höhn § 10 N 77, 79 und 81.

schaft mit schwacher Eigenkapitalbasis und bereits bestehender hoher Verschuldung zusätzliche Kredite zu gewähren, so ist ihm das erlaubt. Selbstverständlich wird er sich eine angemessene Gegenleistung versprechen lassen. Wir haben mitnichten ein absonderliches Vorgehen vor uns.²⁹⁾ Einer solchen Konstruktion, die auf dem freien Willen der beteiligten Parteien beruht, die steuerliche Anerkennung zu versagen, geht nicht an.³⁰⁾ Sämtliche drei Voraussetzungen der Steuerumgehung sind nicht erfüllt. Es liegt kein unangemessenes Verhalten vor, es wird keine Steuereinsparung bewirkt³¹⁾ und es besteht auch keine diesbezügliche Absicht.

2.2. Steuerersparnis

Das effektmässige Element der Steuerumgehung liegt in der Steuerersparnis, wobei nur eine erhebliche Einsparung den Anforderungen genügt.³²⁾

29) Aus diesen Ausführungen folgt denn auch, dass die bestehenden Ersatztatbestände, die verdecktes Eigenkapital selbst dann annehmen, wenn Dritte als Darleiher auftreten, höchst problematisch sind. Sie gehen an den wirtschaftlichen Realitäten vorbei. Sie stellen einen Fall gesetzlicher Minimalbesteuerung dar. (StG Kt FR 89 I; TI 79; VD 59 ter).

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, zur freiburgischen Regelung Stellung zu nehmen (BGE 103 I a 537). Im Lichte der beschränkten Kognition von BV 4 bezeichnete unser höchstes Gericht diese Gesetzesordnung als nicht willkürlich. Es fragt sich jedoch ernsthaft, ob heute, anhand der Erkenntnisse aus dem Fall Bellatrix, nicht anders entschieden werden müsste, stellt die freiburgische Praxis doch einen Fall der überwundenen "Soll-Besteuerung" dar (siehe hiezu vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VI, 2.2.).

30) Burki S. 48; Schmid, in StR 39, 1984, S. 223 f.

31) Würde man dieses Verhalten als Steuereinsparung bezeichnen, so würde jeder irgendwie geartete Aufwandposten einer Gesellschaft diesen Punkt erfüllen.
gl. M.: VGr Kt AG, in StE 1984 B 73.12 Nr. 2 b E 3 c, bb.

32) Meili S. 10; Blumenstein S. 28; Känzig 2. A N 45 zu Art. 2.

Beim verdeckten Eigenkapital liegt die Steuerersparnis darin, dass die Aktiengesellschaft hohe, den steuerbaren Reinertrag mindernde Passivzinsen bezahlt. Bei einer sachgemässen Finanzierung würde demnach ein höherer steuerbarer Reingewinn resultieren.³³⁾

2.3. Absicht der Steuerersparnis

Nach der allgemeinen Begriffsumschreibung kann nur dann von einer Steuerumgehung gesprochen werden, wenn nebst dem objektiven und dem effektmässigen auch das subjektive Element der Absicht der Steuerersparnis vorliegt.

Ein Blick auf die Praxis zeigt jedoch, dass die Bedeutung dieses dritten Erfordernisses stark eingeschränkt ist, indem eine Umkehr der Beweislast stattgefunden hat.³⁴⁾ Zudem gibt es nur selten einen Entscheid, der sich genauer mit diesem Punkt auseinandersetzt.³⁵⁾ Meist wird er nur formelhaft erwähnt, um sogleich als erfüllt betrachtet zu werden.

Eine genauere Betrachtung zeigt jedoch gerade, dass sich nebst der Steuereinsparung verschiedene Argumente finden lassen, die für einen hohen Fremdkapitalanteil sprechen. Man denke dabei nur etwa an die Beschränkung des finanziellen Risikos des Aktionärs, an das Wegfallen der Emissionsabgabe, an die formlose Möglichkeit der Einbringung

33) Burki S. 83 ff.

StR 41, 1986, S. 407; ASA 45, 531; ASA 42, 545; ASA 41, 249.

34) Siehe vorne: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, I, 1 in fine.

35) Siehe StE 1986 B 73.12 Nr. 3, Kantonales Steuergericht Solothurn, das bei Ueberbrückungskrediten und kurzfristigen Sanierungsbeiträgen die Steuerumgehungsabsicht verneinte.

von Fremdkapital und an das Wegfallen der Verrechnungssteuer auf Passivzinsen.³⁶⁾

§ 4: Ersatztatbestände als Grundlage der Erfassung verdeckten Eigenkapitals³⁷⁾

I. Zwölf kantonale Regelungen³⁸⁾

Zwölf kantonale Steuergesetze³⁹⁾ enthalten Normen, die sich zum Verhältnis von Eigen- zu Fremdkapital äussern. Die meisten dieser gesetzlichen Tatbestände statuieren ein Mindestverhältnis von Eigen- zu Fremdkapital.⁴⁰⁾ Als Massstab dient dabei entweder der Buchwert der Aktiven, ihr Ertragssteuerwert oder ihr Verkehrswert.

II. Auswirkungen

Mit dem Vorliegen eines Ersatztatbestandes wird das Problem des verdeckten Eigenkapitals von der Steuerumgehung weg in den Bereich der direkten Gesetzesanwendung transferiert. Entscheidend ist demnach nicht mehr, ob eine völlig unsachgemässe Finanzierung vorliegt, sondern einzig, ob die gesetzlichen Tatbestandselemente erfüllt sind. Dies hat konkrete Auswirkungen auf das Verhältnis zwischen Zivil-

36) Weitere Ausführungen zur Rechtfertigung eines hohen Fremdkapitalanteils, siehe: Schmid, in StR 39, 1984, S. 210; Weidmann, in StR 34, 1979, S. 327.

37) Für weiterführende Ausführungen, siehe: Burki S. 92 ff; Schmid, in StR 39, 1984, S. 215 ff.

38) Entscheide zu kantonalen Regelungen, siehe:
Kt AG: StE 1984 B 73.12 Nr. 2; ASA 50, 152 ff.
Kt BS: ASA 54, 696 ff = BGE 109 I a 97 ff = Pra 73 Nr. 4.

39) OW: 99 und 109; NW: 94 und 111; ZG: 38 Abs. 1 Ziff. 2 und 49 Abs. 2 StG, sowie 48 lit. b VV; FR: 83 Abs. 3 und 89; BS: 71 a und 73 Abs. 2 lit. e; BL: 61; SH: 49 und 56 a; AG: 15 und 17 AStG, sowie 11 VASTG; TI: 66 Abs. 2 lit. e und 79; VD: 59 ter; VS: 86 und 96; GE: 66 lit. f und 68 lit. c.

40) Ausnahmen: Kt NW und Kt BL, die nur Kompetenznormen statuieren.

und Steuerrecht. Dass das Steuerrecht nämlich nicht isoliert im Raume steht, hat bereits Blumenstein erkannt. "Das Zivilrecht regelt wirtschaftliche Verhältnisse; das Steuerrecht baut auf diesen seine Materie auf. Dem Zivilrecht kommt dabei sachlich wie zeitlich die Priorität zu." ⁴¹⁾

Gerade umgekehrt ist aber das Vorgehen beim Vorliegen von Ersatztatbeständen. Dann baut das Steuerrecht nicht mehr auf dem Zivilrecht auf, vielmehr bestimmt es selbst, wie der Sachverhalt zu gestalten ist. Dabei wird keine Rücksicht auf die konkreten wirtschaftlichen Gegebenheiten und Bedürfnisse genommen. Man kann die Ersatztatbestände somit als *praesumptio iuris et de iure* bezeichnen, als unwiderlegbare gesetzliche Vermutung für die Angemessenheit einer Lösung also. Solche Normen schränken die wirtschaftlichen Möglichkeiten eines Steuerpflichtigen ganz eindeutig ein. Sie müssen deshalb als problematisch betrachtet werden und sind dann abzulehnen, wenn der gesetzlich statuierte Eigenkapitalanteil höher ist, als was den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechen würde.

§ 5: Ermittlung von verdecktem Eigenkapital im Rahmen der Steuerumgehungspraxis

1. Grundsätze im Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung betreffend Immobiliengesellschaften

Die Eidgenössische Steuerverwaltung stellt für Immobiliengesellschaften die widerlegbare Vermutung auf, dass eine unangemessen hohe Fremdfinanzierung im Sinne einer Steuerumgehung dann vorliegt, wenn der Fremdkapitalanteil

⁴¹⁾ Blumenstein, in ZSR 52, 1933, S. 142 a.

über 80 %⁴²⁾ des Verkehrswertes⁴³⁾ der Gesamtaktiven ausmache.⁴⁴⁾

Es steht dem Steuerpflichtigen aber offen, im konkreten Einzelfall nachzuweisen, dass eine geringere Eigenkapitalbasis den wirtschaftlichen Gegebenheiten angemessen ist.

⁴⁵⁾ Dieser Nachweis muss immer dann als gelungen gelten, wenn feststeht, dass unbeteiligte Dritte, insbesondere Banken, Kredite in derselben Höhe gewährt hätten. Denn dann fehlt jede Absonderlichkeit der Finanzierung und von einer Steuerumgehung kann keine Rede sein.⁴⁶⁾

II. Verdecktes Eigenkapital bei Handels- und Fabrikationsunternehmen⁴⁷⁾

Das Problem der Unterkapitalisierung stellt sich nicht bloss bei Immobiliengesellschaften, sondern ebenso bei Handels- und Fabrikationsunternehmen. Auch bei diesen muss eingeschritten werden, sobald ein missbräuchliches Finanzierungsverhältnis vorliegt.

Die Abgrenzung von zulässigem zu unzulässigem Fremdkapitalanteil gestaltet sich hier jedoch bedeutend schwieriger. Besteht im Immobiliensektor nämlich ein einigermaßen

⁴²⁾ Für Villen, Eigentumswohnungen, Ferienhäuser und Bauland beträgt der Ansatz 70 %.

⁴³⁾ Der Verkehrswert dient auch regelmässig im freien Kreditgeschäft als Orientierungsgrösse. Dem Buchwert kommt demgegenüber keine direkte Bedeutung zu.

ASA 45, 533 ff E 5 + 6.

Masshardt N 31 zu Art. 49; Cagianut/Höhn § 10 N 81; Burki S. 113 ff; Schmid, in StR 39, 1984, S. 213.

⁴⁴⁾ Merkblatt der EStV vom 10. Juli 1968 Ziff. 2.3. f.

⁴⁵⁾ Merkblatt der EStV vom 10. Juli 1968 Ziff. 2.5.

⁴⁶⁾ Schmid, in StR 39, 1984, S. 223 f.

⁴⁷⁾ Siehe hiezu auch: Cagianut/Höhn § 10 N 84; Masshardt N 29 zu Art. 49; Burki S. 126 ff; Schmid, in StR 39, 1984, S. 214.

standardisierter Kreditmarkt, so fehlt dieser im Bereich des Handels und der Fabrikation weitgehend. Entsprechend muss der Individualität des Einzelfalles entscheidende Bedeutung zukommen. Vorschriften bezüglich Finanzierungsverhältnissen können nur den Charakter von Richtlinien haben, nicht aber den von zwingend einzuhaltenden Normen. Ein Abweichen von diesen Richtlinien muss demnach immer zulässig sein, wenn es den wirtschaftlichen Gegebenheiten des Einzelfalles entspricht.

Das Bundesgericht hatte Gelegenheit, anhand eines konkreten Einzelfalles zu dieser Problematik Stellung zu nehmen.

48) Dabei hielt es primär fest, dass die Erkenntnisse des Merkblattes der Eidgenössischen Steuerverwaltung generelle Bedeutung hätten und nicht nur auf Immobiliengesellschaften anwendbar seien. Sodann schützte es die Praxis der bündnerischen Wehrsteuerverwaltung, die bei einer Selbsthilfegenossenschaft der Lebensmittelbranche ein minimales Eigenkapital im Umfange von 20 % der Bilanzsumme verlangte. Ergänzend führte es aus, dass diese Betrachtungsweise für die Steuerpflichtige günstig sei. Gleichzeitig bezeichnete es den Gegenantrag der Eidgenössischen Steuerverwaltung, 40 % der Bilanzsumme als minimales Eigenkapital zu fordern, als etwas hoch.

III. Verdecktes Eigenkapital bei Finanzgesellschaften

Finanzgesellschaften stellen im Wirtschaftsleben einen Gesellschaftstyp ganz eigener Prägung dar. Sie zeichnen sich entweder dadurch aus, dass sie sich öffentlich zur Annahme fremder Gelder empfehlen⁴⁹⁾, oder dadurch, dass sie ihre Geschäftstätigkeit im wesentlichen auf die Finanzierung von Aktivitäten Dritter ausrichten.

48) ASA 42, 540 ff.

49) Bankengesetz (SR 952.0) Art. 1 II lit. a.

Auch hier gibt der Markt keine einheitlichen Kriterien her, anhand welcher missbräuchliche Finanzierungsverhältnisse erkannt werden könnten.

Die Eidgenössische Steuerverwaltung sucht den Ausweg über die Anwendung der Regeln betreffend Rückerstattung der Verrechnungssteuer im internationalen Verhältnis.⁵⁰⁾ Bekanntlich ist im Kreisschreiben der Eidgenössischen Steuerverwaltung⁵¹⁾ zum Bundesratsbeschluss betreffend Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes⁵²⁾ statuiert, dass die Inanspruchnahme einer Steuerentlastung durch eine inländische Finanzgesellschaft dann missbräuchlich sei, wenn ihre verzinslichen Kreditoren mehr als das Sechsfache des Grund- oder Stammkapitals und der offenen Reserven ausmachen. Sinkt demnach der Eigenkapitalanteil einer Finanzgesellschaft unter einen Siebtel ihrer Gesamtpassiven, so stellt dies eine Steuerumgehung dar.

Diese Praxis ist jedoch problematisch. Sie orientiert sich ausschliesslich an den Passiven der Gesellschaft. Die Aktiven, denen im Kreditgeschäft mit Dritten als Bonitätsmassstab aber gerade die zentrale Bedeutung zukommt, bleiben demgegenüber unberücksichtigt.

Demnach wird die unbesehene Uebernahme der Regelung zur Verrechnungssteuer der Problematik der Ertragssteuer nicht gerecht. Es sollte eine Praxis Anwendung finden, die die

50) Masshardt N 30 zu Art. 49; Cagianut/Höhn § 10 N 82; Burki S. 125 f; Schmid, in StR 39, 1984, S. 213.

51) Kreisschreiben der Eidg. Steuerverwaltung an die kantonalen Steuerverwaltungen über Massnahmen gegen die ungerechtfertigte Inanspruchnahme von Doppelbesteuerungsabkommen des Bundes, vom 31. Dezember 1962.

52) SR 672.202.

Höhe der Aktiven und die Person des Darleihers berücksichtigt.⁵³⁾

§ 6: Rechtsfolgen beim Vorliegen verdeckten Eigenkapitals

I. Rechtsfolgen im allgemeinen⁵⁴⁾

Die Erfassung verdeckten Eigenkapitals führt zu einer Umqualifikation von formellem Fremdkapital zu Eigenkapital.

Dies wirkt sich bei der Aktiengesellschaft als Borgerin in dreierlei Hinsicht aus. Erstens ergibt sich ein erhöhtes steuerbares Kapital. Zweitens wird das Verhältniskapital beeinflusst und damit der Steuersatz. Drittens führt dies zu einem höheren Saldo der Gewinn- und Verlustrechnung.⁵⁵⁾

Parallel hiezu wirkt sich die Umqualifikation aber auch auf den Aktionär als Darleiher aus. Zinsertrag wird bei ihm zu Beteiligungsertrag, ein Darlehen wird zur Beteiligung.

II. Rechtsfolgen bei der borgenden Aktiengesellschaft

1. Steuerbares Kapital

Bund wie Kanton Zürich besteuern das Kapital der Aktiengesellschaften.⁵⁶⁾ Sie erfassen dabei einerseits das Grundkapital, andererseits aber auch die offenen sowie die als Ertrag versteuerten stillen Reserven.

53) Kritik ebenso bei: Cagianut/Höhn § 10 N 82; Burki S. 126.

54) Hier werden nur die steuerlichen Rechtsfolgen besprochen. Für die zivilrechtlichen Fragen sei auf die Ausführungen von von Greyerz, in Kapitalersetzende Darlehen S. 553 ff verwiesen.

55) Merkblatt der EStV vom 10. Juli 1968 Ziff. 3.1. f; Burki S. 149 ff; Masshardt N 28 zu Art. 49; Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 234.

56) BdSt Art. 60: Ergänzungssteuer, StG Kt ZH 47: Kapitalsteuer.

Zu diesem steuerbaren Kapital gehört auch das verdeckte Eigenkapital.⁵⁷⁾ Streitig ist hierbei nur, ob das verdeckte Eigenkapital dem Grundkapital zuzurechnen ist oder den Reserven. Dies hat Auswirkungen auf die Möglichkeit der Verrechnung mit einem Verlustvortrag. Die Verrechnungsmöglichkeit besteht nämlich nur hinsichtlich der Reserven, nicht aber hinsichtlich dem einbezahlten Grundkapital, denn dieses stellt regelmässig das minimale steuerbare Kapital dar.⁵⁸⁾

Die Eidgenössische Steuerverwaltung geht zu Recht davon aus, dass das verdeckte Eigenkapital den Reserven gleichzusetzen ist.⁵⁹⁾ Diesem Eigenkapital fehlt ja gerade die statutarische und registerrechtliche Grundlage, was Voraussetzung für das Grundkapital wäre. Damit wird das verdeckte Eigenkapital den Zuschüssen der Aktionären gleichgestellt. Eine Verrechnung mit einem bestehenden Verlustvortrag ist somit zulässig.⁶⁰⁾

2. Verhältniskapital

Im Bund und im Kanton Zürich ist die Höhe der Ertragssteuer renditeabhängig. Der Steuersatz wird anhand des Reinertrages und des Verhältniskapitals bestimmt. Stimmen Verhältniskapital und steuerbares Kapital wie im Kanton Zürich überein⁶¹⁾, so ergibt sich von selbst, dass das

57) Masshardt N 1 zu Art. 60; Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 8 zu § 47.
ASA 42, 546.

58) Für den Kt ZH: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 3 zu § 47.

59) Praxis der Bundessteuern, Teil I BdBSt Art. 49 Nr. 110 a.

60) gl.M.: Burki S. 154 f.
a. M.: Reimann/Zuppinger/Schärrer Bd III N 8 zu § 47. Diese Ansicht wird jedoch nicht näher begründet.

61) StG Kt ZH 48;
Burki S. 160.

verdeckte Eigenkapital auch das Verhältniskapital beeinflusst. Gleich ist jedoch auch für den Bund zu entscheiden, obwohl dort das steuerbare Kapital nicht mit dem Verhältniskapital identisch ist.⁶²⁾ Demnach vergrössert das verdeckte Eigenkapital den Verhältnisfaktor, wodurch sich die Rendite und der Steuersatz verringern.

3. Steuerbarer Reinertrag

3.1. Allgemeines

Die auf das verdeckte Eigenkapital entrichteten Passivzinsen stellen wirtschaftlich Gewinnausschüttungen dar. Gewinnausschüttungen belasten die Erfolgsrechnung der Gesellschaft jedoch nicht. Entsprechend sind die verbuchten, auf das verdeckte Eigenkapital entfallenden Passivzinsen aufzurechnen. Damit wird die angestrebte steuerliche Vorbelastung erreicht, beziehungsweise die mit der Steuerumgehung angestrebte Steuerersparnis verhindert.⁶³⁾

3.2. Umfang der Aufrechnung

3.2.1. Problem

Es besteht Einigkeit darüber, dass dann der gesamte Zinsanteil, der proportional auf das verdeckte Eigenkapital entfällt, der Erfolgsrechnung gutzuschreiben ist, wenn das von einem Aktionär gewährte Fremdkapital zu einem marktüblichen Satz verzinst wird.

Meinungsverschiedenheiten sind jedoch für den Fall aufgetreten, bei welchem das Darlehen des Aktionärs zu einem

62) BdSt Art. 57 II und Art. 60.
Burki S. 160.
ASA 42, 546.

63) Cagianut/Höhn § 10 N 87; Burki S. 165; Pestalozzi S. 89.

geringeren als dem marktüblichen Satz verzinst wird. Insbesondere ist umstritten, ob auch hier die proportionale Aufteilung der Zinsen Platz greift. Diese proportionale Aufteilung würde bedeuten, dass selbst dann eine Korrektur des steuerbaren Reinertrages vorzunehmen wäre, wenn der auf das anerkannte Fremdkapital proportional entfallende Zinsanteil nicht einer nach den Grundsätzen der verdeckten Gewinnausschüttung maximal zulässigen Verzinsung entsprechen würde.

Wird diese proportionale Aufteilung hingegen abgelehnt, so kann erst dann zu einer Aufrechnung geschritten werden, "wenn der nach dem marktüblichen Satz errechnete Zinsbetrag für den als Fremdkapital anerkannten Teil des Vorschusses geringer ist als der für den gesamten Vorschuss tatsächlich bezahlte Zins." ⁶⁴⁾

3.2.2. Stellung von Praxis und Doktrin

3.2.2.1. Praxis

In Anwendung kantonalen Steuerrechts entschied sich sowohl das Verwaltungsgericht des Kantons Aargau als auch dasjenige des Kantons St. Gallen für eine proportionale Schuldzinsaufteilung.

Gleich verhielt sich die Steuer-Rekurskommission des Kantons Aargau in Bundessteuersachen.

Alle drei Entscheide kamen vor Bundesgericht und wurden von diesem aufgehoben, die ersten zwei selbst unter dem beschränkten Blickwinkel der Willkür. ⁶⁵⁾

⁶⁴⁾ Zuppinger/Schärrer/Fessler/Reich, Ergbd 2.A N 94 zu § 45.

⁶⁵⁾ BGr zum Entscheid der Steuer-Rekurskommission Kt AG, in ASA 51, 148 ff = BGE 106 I b 320 ff.
BGr zum Entscheid des VGr Kt AG, in ASA 50, 152 ff.

Anhand der bundesgerichtlichen Erwägungen und denjenigen des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen können die zwei entgegengesetzten Standpunkte skizziert werden.

Das Verwaltungsgericht St. Gallen ⁶⁶⁾ baut seine Ausführungen auf dem Massgeblichkeitsprinzip auf. Insbesondere will es den Steuerpflichtigen auf seiner handelsrechtlichen Jahresrechnung behaften, aus welcher sich seiner Ansicht nach keine "Aufteilung des Vorschusses in zwei verschiedenen verzinsliche Quoten" ⁶⁷⁾ ergibt. Eine solche Betrachtungsweise sei vielmehr bloss hypothetisch. Zudem stelle die quotenmässige Aufteilung eine unzulässige nachträgliche Massnahme dar, vergleichbar einer ebenso unzulässigen nachträglichen Bilanzänderung. ⁶⁸⁾

Ganz anders argumentiert das Bundesgericht. Es stützt seine Ausführungen gerade nicht auf das Massgeblichkeitsprinzip. Vielmehr stellt es streng auf die drei Elemente der Steuerumgehung ab. Dabei misst es dem Element der Steuerersparnis spezielle Bedeutung bei. Dessen Vorliegen verneint es, wenn die als Aufwand verbuchten Zinsen insgesamt nicht mehr ausmachen als die marktgerechten Zinsen auf dem zulässigen Fremdkapital. ⁶⁹⁾ Zudem bezeichnet es das Vorgehen des Verwaltungsgerichts des Kantons St. Gallen als unzulässigen Methodendualismus. Es gehe nicht an, führt es aus, mit der Umqualifikation von Fremd- zu Eigenkapital selbst von der Buchhaltung abzuweichen, den

Forts. Fussnote

BGr zur St. Galler Praxis: StR 38, 1983, S. 472 ff; die angesprochene Frage konnte hier materiell jedoch nicht geprüft werden; StR 40, 1985, S. 324 ff.

⁶⁶⁾ Entscheid des VGr Kt SG vom 29. November 1983, in GVP 1983 Nr. 21.

⁶⁷⁾ GVP 1983 Nr. 21 E 2 b.

⁶⁸⁾ Zur nachträglichen Bilanzänderung, siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VII.

⁶⁹⁾ StR 40, 1985, S. 326; ASA 51, 152.

Steuerpflichtigen dann aber bei der Berechnung der abzugsfähigen Zinsen auf seinen Zahlen zu behaften.⁷⁰⁾

Im weiteren weist das Bundesgericht in seinen Entscheiden darauf hin, dass eine proportionale Schuldzinsaufteilung den Grundsatz der Rechtsgleichheit verletze. Denn "durch die proportionale Aufteilung des Schuldzinses wird der Beschwerdeführerin verwehrt, für das zulässige Fremdkapital einen marktüblichen Zins als Aufwand zulasten der Gewinn- und Verlustrechnung abzubuchen, während bei Gesellschaften, die das zulässige Fremdkapital von Dritten erhalten haben, der ganze marktübliche Zins als Aufwand behandelt wird."⁷¹⁾

3.2.2.2. Doktrin

Soweit die Doktrin zum Problem der Schuldzinsaufteilung Stellung nimmt, hält sie sich grundsätzlich an die bundesgerichtliche Theorie.⁷²⁾

Einschränkend äussern sich nur Cagianut/Höhn. Sie bezeichnen beide Theorien als mögliche Varianten.⁷³⁾

3.2.3. Würdigung

Beim hier angeschnittenen Theorienstreit zur Schuldzinsenaufteilung muss ganz klar für die bundesgerichtliche Auffassung eingetreten werden. Ausgangspunkt der Ueberlegungen ist dabei die Tatsache, dass wir uns im Bereich

70) StR 40, 1985, S. 326.

71) ASA 50, 158; ähnlich, in StR 40, 1985, S. 326.

72) Zuppinger/Schärerrer/Fessler/Reich, Ergbd 2. A N 94 zu § 45; Burki S. 168 ff.

73) Cagianut/Höhn § 10 N 88.

einer Steuerumgehung bewegen, einer missbräuchlichen Rechtsgestaltung also, wo der Fiskus gerade nicht auf die zugrundeliegenden Bücher der steuerpflichtigen Gesellschaft achtet.

Das Massgeblichkeitsprinzip verliert demnach seine Bedeutung. Der Sachverhalt wird wirtschaftlich analysiert. Man lässt diejenigen Rechtsfolgen eintreten, die eintreten würden, wenn die rechtlichen Möglichkeiten im Rahmen des Zulässigen ausgeschöpft worden wären. Auf dieses rechtlich zulässige Mass ist der Steuerpflichtige zurückzubinden. Einer weiteren Einschränkung bedarf es nicht, sie liesse sich auch nicht rechtfertigen.

Die quotenmässige Aufteilung der Passivzinsen hat demnach nichts zu tun mit einer nachträglichen Aenderung der Erfolgsrechnung. Sie stellt nur ein Mittel dar, um zu eruieren, ob und in welchem Umfange eine missbräuchliche Rechtsgestaltung vorliegt und ob überhaupt eine Steuerersparnis erreicht wurde.

III. Rechtsfolgen beim leihenden Aktionär

1. Rechtsfolgen im allgemeinen

Beim Aktionär bewirkt die Erfassung von verdecktem Eigenkapital, dass er vom Fremd- zum Eigenkapitalgeber wird. Er empfängt Leistungen von seiner Aktiengesellschaft, die bei dieser keinen Aufwand darstellen. Damit gehören diese Leistungen der Kategorie der Kapitalentnahmen an. Da es sich im weiteren nicht um eine Kapitalrückzahlung handelt, stellen sie Beteiligungsertrag dar.⁷⁴⁾ Diese Qualifikation ist vor allem dann von Bedeutung, wenn der Aktionär eine

74) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, I, 2.3.

juristische Person ist und diese von einem Beteiligungsprivileg profitieren kann. 75)

2. Verfahrens- und kollisionsrechtliche Fragen

Bei der Angleichung der Rechtsfolgen für den Aktionär an diejenigen für die Aktiengesellschaft stellen sich verschiedenste verfahrens- und kollisionsrechtliche Fragen. Die Problematik deckt sich mit derjenigen bei der verdeckten Gewinnausschüttung. Es kann demnach auf die Ausführungen zum "corresponding adjustment" verwiesen werden. 76)

§ 7: Sicherstellung von Fremdkapital durch einen Aktionär

1. Problem

Wir haben festgestellt, dass im Rahmen der Steuerumgehungspraxis grundsätzlich nur dann von verdecktem Eigenkapital gesprochen werden kann, wenn ein Aktionär oder eine nahestehende Person als Darleiher auftritt. 77) Es fragt sich nun, ob diesem Fall derjenige gleichzusetzen sei, bei welchem ein unbeteiligter Dritter als Fremdkapitalgeber auftritt, ein Aktionär dem Dritten jedoch Sicherstellung leistet.

75) Burki S. 185.

76) Siehe vorne: 2. Teil, 3. Kapitel, § 2, VIII.
Siehe auch: Burki S. 185 ff.

77) Siehe vorne: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, II, 2.1.4.

II. Praxis

Das Bundesgericht hatte kürzlich Gelegenheit, zum angeschnittenen Problem in Anwendung des Bundessteuerbeschlusses Stellung zu nehmen.⁷⁸⁾

Dabei liess es offen, ob die Eidgenössische Steuerverwaltung diese Frage in ihrem Merkblatt vom 10. Juli 1968 beantwortet hatte, indem dort von direkter oder indirekter Zurverfügungstellung von Fremdkapital die Rede ist. Im weiteren kam es rasch zum Schluss, dass die Voraussetzungen des verdeckten Eigenkapitals auch unter diesen Umständen gegeben waren. "Wenn daher eine Aktiengesellschaft bei Dritten von Aktionären sichergestellte Darlehen aufnimmt, die sie aus eigener Kraft nicht erhältlich machen könnte, so ist - Steuerersparnis und Steuerersparnisabsicht unterstellt - in der Regel auf verdecktes Eigenkapital und eine unzulässige Steuerumgehung zu schliessen."⁷⁹⁾

Gleich wie das Bundesgericht hat auch die Steuerrekurskommission des Kantons Bern für das kantonale Recht entschieden.⁸⁰⁾ Sie erachtete die Voraussetzungen der Steuerumgehung bei einem Darlehen einer unbeteiligten Amtersparniskasse, sichergestellt durch einen Aktionär, als gegeben. In den Erwägungen zu diesem Entscheid wird auf Gedanken des Bundesgerichts gegriffen, woraus sich ergibt, dass es keineswegs abwegig sei, "statt von einer direkten Aufnahme der Mittel durch die Gesellschaft nach den Gegebenheiten (Aktionärssicherheiten) davon auszugehen, dass die Mittel zunächst von den Aktionären persönlich geborgt und erst in einem zweiten Schritt seitens der

78) StR 41, 1986, S. 403 ff.

Kritik an diesem Entscheid bei Gurtner, in ST 1986, S. 146 ff.

79) StR 41, 1986, S. 406.

80) StE 1986 B 73.12 Nr. 4.

Aktionäre als Risikokapital der Gesellschaft zugeführt werden." 81)

Anders hat jedoch das aargauische Verwaltungsgericht entschieden. 82) Es liess die Umqualifikation eines Bankdarlehens, das gegen Verpfändung von Wertschriften durch den Hauptaktionär gewährt wurde, nicht zu. Einschränkend muss jedoch angefügt werden, dass der Kanton Aargau einen ausdrücklichen Ersatztatbestand zur Erfassung von verdecktem Eigenkapital kennt. 83) Dieser spricht sich über das hier angeschnittene Problem jedoch nicht näher aus, sodass die im genannten Entscheid entwickelten Kriterien analog auch für die Steuerumgehungspraxis verwendet werden können.

III. Würdigung

1. Allgemeines

Wie bereits dargelegt, stellt das verdeckte Eigenkapital im Bund und im Kanton Zürich einen Fall der Steuerumgehung dar, der missbräuchlichen Rechtsgestaltung also. Ein entsprechender Vorwurf einem Steuerpflichtigen gegenüber wiegt schwer. Er bedarf einer stichhaltigen Begründung. Eine extensive Praxis muss abgelehnt werden.

Zudem muss den Steuerbehörden und Gerichten immer klar vor Augen bleiben, was mit der Verhinderung einer Steuerumgehung im Einzelfall erreicht werden soll. Beim hier interessierenden verdeckten Eigenkapital geht es bekanntlich um die Sicherstellung der wirtschaftlichen Doppelbelastung. Negativ formuliert bedeutet dies, dass verhindert

81) StE 1986 B 73.12 Nr. 4 a.

82) StE 1984 B 73.12 Nr. 2.

83) Aktiensteuergesetz Kt AG 17 Ziff. 1.

werden soll, dass der Gesellschaftsgewinn in Form von Passivzinsen auf den Aktionär übergeht, statt in Form von vorbesteuerten Dividenden. ⁸⁴⁾

2. Kritik

Gehen wir von den obigen allgemeinen Ausführungen aus, so zeigt sich, dass die bundesgerichtliche Praxis abgelehnt werden muss. Die Wurzel der Fehlüberlegungen des Bundesgerichts liegt darin, dass nicht auf die eben dargelegten Grundgedanken zur Erfassung des verdeckten Eigenkapitals zurückgegriffen wird, sondern dass eines der drei im Merkblatt der Eidgenössischen Steuerverwaltung vom 10. Juli 1978 genannten Merkmale einer ungewöhnlichen Finanzierung herausgegriffen wird und mit selbständig steuerbegründender Bedeutung ausgestattet wird.

Bei diesem Merkmal handelt es sich um das der fehlenden eigenen Kraft, die notwendigen Fremdmittel bei Dritten erhältlich zu machen. ⁸⁵⁾ Fehlt diese Kraft, so betrachtet das Bundesgericht das objektive Element der Steuerumgehung bereits als gegeben, denn das Vorliegen des effektmässigen und des subjektiven Elementes hat es ohne weitere Prüfung ebenfalls angenommen.

Damit missachtet unser höchstes Gericht aber verschiedene allgemeine Grundsätze sowie solche zur Steuerumgehungspraxis im besonderen. Zum einen kann nämlich nicht gesagt werden, das zu beurteilende Vorgehen führe auf absonderlichem Wege zum gleichen wirtschaftlichen Ergebnis wie die Finanzierung mittels Eigenkapital. ⁸⁶⁾ Ist nämlich ein un-

⁸⁴⁾ Siehe vorne: 2. Teil, 6. Kapitel, § 1.

⁸⁵⁾ StR 41, 1986, S. 406 E 2. d.

⁸⁶⁾ Dies ist aber gerade eine absolute Grundvoraussetzung für das Vorliegen einer Steuerumgehung: siehe vorne: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, 1, 2.

beteiligter Dritter Kreditgeber, so fliessen die Zinszahlungen definitiv einem Nicht-Gesellschafter zu. Der Aktionär wird nie mehr auf diese Mittel greifen können. Wäre aber ein wirtschaftlicher Erfolg angestrebt, wie er mittels Eigenkapital erreicht würde, so müsste der Aktionär sicherstellen, dass er das letzte Glied in der Kette der Zinszahlungen ist und somit zum eigentlichen Empfänger dieser Zahlungen wird. Gerade diese Sachlage liegt aber nicht vor.

Das ganze Vorgehen ist im übrigen auch nicht darauf ausgerichtet, die wirtschaftliche Doppelbelastung zu umgehen. Es liegt ein Geschäftsvorfall vor, der hiermit nichts zu tun hat. Dies folgt einmal daraus, dass eine wirtschaftliche Doppelbelastung bei von Dritten gewährtem Fremdkapital gar nicht in Frage kommt, und im weiteren, wie eben festgestellt, dass nicht der Aktionär letzter Empfänger der Zinszahlungen ist. Fehlt es den Handelnden aber an diesem Ziel, so trifft der Vorwurf des verdeckten Eigenkapitals ins Leere. ⁸⁷⁾

Nachdem aber feststeht, dass bei einer Darlehensgewährung durch einen unbeteiligten Dritten mit Sicherstellung durch einen Aktionär weder das objektive noch das effektmässige Element der Steuerumgehung vorliegt, ist es eine Formsache, festzustellen, dass es überdies bei den geschilderten Sachverhalten auch am geforderten subjektiven Willen zur Steuereinsparung fehlt. Die handelnde Aktiengesellschaft beabsichtigt nämlich nur, mit dem Dritten ein Darlehensverhältnis einzugehen. Was die Sicherstellung betrifft, so stellt dies eine Handlung des Aktionärs dar. Diese der Aktiengesellschaft ohne weitere Begründung als eigenes Verhalten

87) Im weiteren ist höchst fraglich, ob bei dem vom Bundesgericht entschiedenen Berner Fall (StR 41, 1986, S. 403 ff) das weitere im Merkblatt der EStV genannte Erfodernis der Unfähigkeit, die Geschäftstätigkeit im gewohnten Masse ohne das verdeckte Eigenkapital weiterführen zu können, erfüllt gewesen wäre. Bekanntlich ging es bloss um einen Betrag von SFr 200 000 bei einem Aktienkapital von SFr 200 000 und einer Bilanzsumme von SFr 3.69 Mio.

zuzurechnen, wie dies das Bundesgericht tut ⁸⁸⁾, hiesse die rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft in grober Weise missachten. Eine Aktiengesellschaft wird gerade vom Prinzip der Drittorganschaft beherrscht. Ein Aktionär kann demnach nicht in seiner Stellung als Aktionär für sie tätig werden, hiezu sind nur ihre Organe kompetent. ⁸⁹⁾

Im weiteren wird die rechtliche Selbständigkeit der Aktiengesellschaft aber auch dann übergangen, wenn etwa die Steuerrekurskommission Bern, unter Berufung auf das Bundesgericht, es als keinesfalls abwegig betrachtet, "statt von einer direkten Aufnahme der Mittel durch die Gesellschaft nach den Gegebenheiten (Aktionärssicherheiten) davon auszugehen, dass die Mittel zunächst von den Aktionären persönlich geborgt und erst in einem zweiten Schritt seitens der Aktionäre als Risikokapital der Gesellschaft zugeführt werden." ⁹⁰⁾ Hier wird mit einer äusserst weit hergeholten Fiktion gearbeitet, die sich nicht rechtfertigen lässt. Sie widerspricht geradezu den konkreten Gegebenheiten. Nichts lässt nämlich darauf schliessen, dass entgegen den zivilrechtlichen Verhältnissen nicht der Dritte als Fremdkapitalgeber auftreten wollte, sondern der Aktionär. Die Anwendung dieser Fiktion muss somit abgelehnt werden. ⁹¹⁾

Demnach zeigt sich, dass die Tatsache allein, dass sich eine Gesellschaft Fremdkapital nicht aus eigener Kraft beschaffen

88) StR 41, 1986, S. 408: "..., wobei das Verhalten der sich verpflichtenden Aktionäre der Beschwerdeführerin als eigenes Verhalten zuzurechnen, ... ist."

89) Siehe vorne: 1. Teil, 2. Kapitel, § 1, II.

90) StE 1986 B 73.12 Nr. 4 a.

91) Eine ähnliche Fiktion hat das Bundesgericht bereits früher einmal aufgestellt: ASA 45, 479 ff. Dieser Entscheid ist jedoch unsorgfältig formuliert. Er trennt nicht klar zwischen verdecktem Eigenkapital und verdeckter Gewinnausschüttung.

kann, nicht zur Annahme von verdecktem Eigenkapital ausreicht. Die Verselbständigung dieses Kriteriums ist nicht gerechtfertigt.⁹²⁾ Isoliert betrachtet führt es zu Resultaten, die mit dem eigentlichen Ziel der Erfassung von verdecktem Eigenkapital, der Sicherstellung einer minimalen wirtschaftlichen Doppelbelastung, nichts zu tun haben.⁹³⁾,⁹⁴⁾

3. Rechtliche Konsequenzen der vom Bundesgericht inspirierten Fiktion

Würde die Fiktion, dass der Aktionär in einer ersten Phase als Borger gegenüber einem Dritten auftritt und in einer zweiten Phase als Darleiher gegenüber seiner Gesellschaft, mit all ihren Rechtsfolgen durchexerziert, so führte dies zu grotesken Ergebnissen.

Im einzelnen würden die Konsequenzen folgendermassen aussehen:

Bei der Aktiengesellschaft als Borgerin würden die ordentlichen Rechtsfolgen eintreten, die an das Vorliegen verdeckten Eigenkapitals geknüpft werden, insbesondere ergäbe sich eine Aufrechnung der umqualifizierten Passivzinsen zum steuerbaren Ertrag.⁹⁵⁾

Beim Aktionär als Darleiher einerseits und Borger andererseits sieht die Situation komplexer aus. Einmal ist ihm

92) Anders könnte nur etwa dann entschieden werden, wenn der Aktionär bei der kreditgebenden Bank ein (nicht deklariertes) Depot unterhält und die Bank somit wirtschaftlich betrachtet Mittel des Aktionärs verliehen hätte. Die Bank wäre dann bloss Treuhänderin, währenddem wirtschaftlich und rechtlich der Aktionär Nutzungsberechtigter wäre.

93) Zu einem vergleichbaren Resultat kommt auch Burki S. 56.

94) Die bundesgerichtliche und bernerische Praxis stösst übrigens bei zahlreichen anderen kantonalen Steuerbehörden auf Ablehnung.

95) Siehe vorne: 2. Teil, 6. Kapitel, § 6, II.

Aktienenertrag aufzurechnen. Handelt es sich beim Aktionär um eine juristische Person, so ist zudem zu prüfen, ob ein Beteiligungsprivileg Platz greift. Im weiteren ist dem Aktionär aber ein Abzug für Schuldzinsen zu gewärtigen, denn die Fiktion macht ihn ja gleichzeitig auch zum Borger gegenüber dem aussenstehenden Dritten. Findet ein Beteiligungsprivileg Anwendung, so kann sich der ganze Vorgang demnach steuerlich zugunsten des Aktionärs auswirken.

Man denke hier aber an die Probleme, die sich insbesondere im interkantonalen, erst recht im internationalen Verhältnis aus dieser Konstellation ergeben. Wie wird wohl ein Steuerkommissär zur Geltendmachung des fiktiven und deshalb auch nicht verbuchten Schuldzinsabzuges des Aktionärs Stellung nehmen? Die Antwort ist unschwer zu erahnen.

Auch die Stellung des aussenstehenden Dritten, des eigentlichen Darleihers also, wird durch die oben genannte Fiktion verändert. Formell gilt er als Zinsempfänger. Effektiv gelangt an ihn jedoch eine um die Verrechnungssteuer gekürzte Gewinnausschüttung.⁹⁶⁾ Damit entgehen ihm 35 % seines Kapitalertrages. Auf welchem Weg diese 35 % zurückerstattet werden, ist übrigens äusserst ungewiss. Stellt der aussenstehende Darleiher den Antrag auf Rückerstattung, so riskiert er, nicht als Gläubiger der Gewinnausschüttung anerkannt zu werden, da er formell Zinsempfänger ist. Stellt jedoch der Aktionär den Antrag, so besteht die Gefahr, dass die Rückerstattung auch ihm verweigert wird, weil er effektiv gar keine Gewinnausschüttung empfangen hat. Zudem muss er wohl regelmässig mit einer Verwirkung des Anspruchs rechnen, denn er wird die nicht empfangene, fiktive Leistung wohl kaum ordentlich deklariert

96) VStG Art. 14.

Ungekürzt gelangt die zu Aktienenertrag unqualifizierte Zinsleistung nur dann an den Empfänger, wenn das Meldeverfahren Anwendung findet: VStG Art. 20, VStVO Art. 24 ff.

haben ⁹⁷⁾. Gelingt dem Aktionär aber die Rückerstattung, so dürfte er wohl definitiv um diese 35 % bereichert sein. Denn der aussenstehende Dritte hat keine rechtlichen Mittel, um die Weiterleitung dieses Betrages an ihn als effektiv Belasteten durchzusetzen. Seine rechtlichen Beziehungen zum Aktionär beschränken sich auf das Sicherstellungsgeschäft. Hieraus lässt sich aber wohl kaum etwas in bezug auf die Verrechnungssteuer ableiten. Die Aktiengesellschaft gerät mit ihren Zahlungen ja gerade nicht in Verzug, auch ist das Darlehen an sich nicht gefährdet, der Sicherstellungsfall tritt also gerade nicht ein. Auch ein Anspruch aus ungerechtfertigter Bereicherung dürfte nicht bestehen, da der Aktionär nicht aus dem Vermögen des Darleihers bereichert ist. ⁹⁸⁾

IV. Schlussfolgerung

Die vom Bundesgericht eingeleitete Praxis bewegt sich weg von den Grundsätzen der Steuerumgehungstheorie hin zu einer ansonsten verpönten "Soll-Besteuerung". Entscheidend ist nicht mehr die absonderliche Rechtsgestaltung eines Einzelfalles, allein entscheidend ist vielmehr, ob ein extra legem statuiertes Finanzierungsverhältnis eingehalten wird oder nicht. ⁹⁹⁾

97) VStG Art. 23.

98) OR 62 I.

99) Siehe ähnliche Kritik bei Curtner, in ST 1986, S. 149.

§ 8: Das verdeckte Eigenkapital de lege ferenda

I. Regelung im Entwurf zum Bundesgesetz über die Harmonisierung der direkten Steuern der Kantone und Gemeinden sowie über die direkte Bundessteuer

Im Entwurf zum Harmonisierungsgesetz sowie zum Gesetz über die direkte Bundessteuer ist eine ausdrückliche Norm betreffend verdecktem Eigenkapital enthalten.¹⁰⁰⁾

Die zwei inhaltlich identischen Bestimmungen statuieren den allgemeinen Grundsatz, dass verdecktes Eigenkapital zu erfassen sei. Zudem legen sie für Immobilien- und Finanzgesellschaften verbindliche Mindestanforderungen fest. Danach wird für Immobiliengesellschaften eine minimale Eigenkapitalbasis von $\frac{1}{3}$ des Gewinnsteuerwertes der Aktiven verlangt, für Finanzgesellschaften eine solche von $\frac{1}{6}$.

Keine Rücksicht wird dabei auf die Person des Darleihers genommen. Verdecktes Eigenkapital kann demnach auch von einem unabhängigen Nicht-Aktionär stammen.

II. Bundesrätliche Rechtfertigung der vorgeschlagenen Regelung¹⁰¹⁾

Zur Rechtfertigung der neuen gesetzlichen Tatbestände führt der Bundesrat in seiner Botschaft zu den zwei Entwürfen aus, dass eine Berufung auf Steuerumgehung immer nur einen Notbehelf darstelle. Entsprechend seien im Rahmen der Harmonisierung spezielle Normen zur Behebung dieses Problems zu schaffen.

¹⁰⁰⁾ StHG Art. 27 I und 32 III; DBG Art. 71 und 81.

¹⁰¹⁾ Botschaft S. 122 f und 193.

Zudem macht er geltend, im Sinne einer Vereinfachung und Vereinheitlichung dränge es sich auf, für die beiden Hauptfälle des verdeckten Eigenkapitals, nämlich für Immobilien- und Finanzgesellschaften, schematische, gesetzliche Mindestanforderungen aufzustellen. Generell ist er der Ansicht, mit den neuen Normen bloss die bereits bestehende Praxis zu kodifizieren.

III. Kritik

Die vom Bundesrat vorgeschlagene Lösung ist in verschiedener Hinsicht abzulehnen.

Richtig ist zwar der statuierte Grundsatz, dass Fremdkapital zu Eigenkapital umzuqualifizieren ist, wenn ihm wirtschaftlich die Funktion von Gesellschaftskapital zukommt.

Entschieden abzulehnen ist aber die Ausdehnung dieser Praxis auf Fremdkapital, das von Nicht-Aktionären gewährt wird. Tritt nämlich ein aussenstehender Dritter als Fremdkapitalgeber auf, so trifft es gerade nicht zu, dass wirtschaftlich betrachtet Eigenkapital geschaffen wird. Hier spielt ja gerade der Kapitalmarkt und, wenn es einer Gesellschaft gelingt, selbst bei einer bloss schmalen Eigenkapitalbasis, Kreditgeber zu finden, so ist das auf die eigenen Stärken zurückzuführen. Mit einer ungewöhnlichen Finanzierung hat das genauso wenig zu tun wie mit der Vermeidung der wirtschaftlichen Doppelbelastung. ¹⁰²⁾

Es besteht überdies auch kein Grund, den Tatbestand des verdeckten Eigenkapitals gegenüber der heutigen Praxis auszudehnen. Selbst wenn in Zukunft ein Ersatztatbestand bestehen sollte, wird es immer noch darum gehen, die Missbrauchsfälle zu bekämpfen und die wirtschaftlich ge-

¹⁰²⁾ Siehe hiezu auch vorne: 2. Teil, 6. Kapitel, § 3, II, 2.1.4.

rechtfertigten Vorgänge unangetastet zu lassen. Ueber dieses Ziel schiesst der bundesrätliche Vorschlag aber gerade hinaus. ¹⁰³⁾

Kritik muss auch an der vorgeschlagenen Art zur Ermittlung des verdeckten Eigenkapitals geübt werden. Die starren Mindestprozentsätze werden den praktischen Gegebenheiten nicht gerecht. ¹⁰⁴⁾ Sie lassen sich mit dem Ziel der Missbrauchsbekämpfung nicht rechtfertigen. Einmal liegen sie weit über dem, was den wirtschaftlichen Gegebenheiten und der bis heute von den Kantonen und der Eidgenössischen Steuerverwaltung geübten Praxis entspricht. ¹⁰⁵⁾ Wenn in der Botschaft gesagt wird, die Quoten entsprächen "den in der Praxis üblichen Ansätzen" ¹⁰⁶⁾, so trifft dies ganz einfach nicht zu.

Zudem enthält die vorgeschlagene Lösung zwei weitere Schwachstellen. Es handelt sich dabei zum einen um den Gewinnsteuerwert, der neuerdings zum Massstab werden soll. Diesem Gewinnsteuerwert kommt im praktischen Kreditverkehr aber kaum Bedeutung zu. ¹⁰⁷⁾ Man denke etwa an Liegenschaften an zentralen Lagen. Ihr Buchwert wird oft nur einen Bruchteil ihres Verkehrswertes ausmachen. Gerade dieser Verkehrswert aber ist es, der den Gläubigern als Sicherheit und somit als Massstab zur Kreditgewährung dient. Im weiteren ist auch zu kritisieren, dass im Entwurf ein minimales Eigenkapital verlangt wird, statt dass wie bis anhin ein höchst zulässiger Verschuldungsgrad festgelegt wird. Es geht ja darum, Fremdkapital zu erfassen, dem

¹⁰³⁾ Siehe hiezu auch Schmid, in StR 39, 1984, S. 219 ff.

¹⁰⁴⁾ gl. M.: Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 234 f; Weidmann, in StR 34, 1979, S. 329.

¹⁰⁵⁾ Siehe Zusammenstellung bei Schmid, in StR 39, 1984, S. 217 ff.

¹⁰⁶⁾ Botschaft S. 123.

¹⁰⁷⁾ gl. M.: Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 235; Burki S. 135.

wirtschaftlich die Funktion von Eigenkapital zukommt, und nur indirekt darum, ein minimales Eigenkapital zu verlangen. Die Umkehr dieser Betrachtungsweise ist dann von eminenter Bedeutung, wenn, wie das hier vorgeschlagen wird, zur Bestimmung von verdecktem Eigenkapital vom Verkehrswert der Aktiven ausgegangen wird.¹⁰⁸⁾

Ein Beispiel soll dies illustrieren:

Bilanz X-AG				
Bank	0.1	1.5	Fremdkapital	
Immobilien	1.5	0.1	Eigenkapital	
		1.6	1.6	

Stille Reserven auf der Liegenschaft: 1.0

Berechnung des verdeckten Eigenkapitals:

Variante 1: gemäss Merkblatt der EstV vom 10. Juli 1968:

Maximales Fremdkapital = 80 % von 2.6 = 2.08

Resultat: Die X-AG hat kein verdecktes Eigenkapital: 2.08 1.5.

Variante 2: minimales Eigenkapital von 20 % des Verkehrswertes gefordert:

Minimales Eigenkapital = 20 % von 2.6 = 0.52

Resultat: Die X-AG hat verdecktes Eigenkapital im Umfange von 0.42:

0.52 0.1, Differenz = 0.42.

Ganz allgemein bleibt noch anzufügen, dass eine schematische Vereinheitlichung, wie dies der Bundesrat auch aus Praktikabilitätsgründen anstrebt, nicht wünschenswert ist. Denn damit wird die Berücksichtigung der konkreten Eigenheiten eines Falles gerade verunmöglicht. Nur diese Eigenheiten können jedoch darüber Auskunft geben, ob eine Gesellschaft den wirtschaftlichen Gegebenheiten entsprechend finanziert ist oder nicht.¹⁰⁹⁾

¹⁰⁸⁾ Dies verkennt das Bundesgericht in: ASA 45, 532 f; BGE 102 I b 158 f.

¹⁰⁹⁾ gl. M.: Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 234 ff; Cagianut/Höhn § 10 N
Forts. Fussnote

Dies führt im weiteren auch zum Schluss, dass kein zwingender Grund besteht, von der bis anhin geübten Steuerumgehungspraxis abzuweichen. Ziel soll ja die Missbrauchsbekämpfung sein und nicht ein steuerlicher Eingriff in den freien Kreditmarkt. Es geht somit gerade darum, in Extremfällen eingreifen zu können, basierend auf den Umständen des konkreten Einzelfalles. Hiefür stellt ein Notbehelf genau das richtige Instrument dar.

Zusammenfassend ergibt sich demnach, dass die beiden vorgeschlagenen Ersatztatbestände dahingehend geändert werden sollten, dass sie nur noch den allgemeinen Grundsatz enthalten, dass verdecktes Eigenkapital als Eigenkapital und die darauf geleisteten Passivzinsen als Gewinnausschüttung zu erfassen sei.¹¹⁰⁾ Die Bestimmung der konkreten Grenze muss jedoch aufgrund der Umstände des Einzelfalles erfolgen.

Dabei scheint der Vorschlag von Schmid¹¹¹⁾ prüfenswert, der vorsieht, dass die Steuerverwaltungen sogenannte "Unbedenklichkeitsquoten" schaffen könnten, bei deren Einhaltung die steuerliche Anerkennung generell gewährleistet wäre und deren Nichteinhaltung nur als Indiz für das Vorliegen von verdecktem Eigenkapital verstanden werden könnte. Dies würde zu der vom Bundesrat angestrebten Vereinfachung führen und dem Steuerpflichtigen wäre eine gewisse Sicherheit gegeben. Trotzdem könnte der Eigenheit des Einzelfalles gebührend Rechnung getragen werden.

XXX

Forts. Fussnote

77; Schmid, in StR 39, 1984, S. 226; Bericht des Steuerausschusses der OECD 1979 betreffend "Verrechnungspreise und multinationale Unternehmen" Ziff. 191.

110) gl. M.: Zuppinger/Böckli/Locher/Reich S. 235 f.

111) Schmid, in StR 39, 1984, S. 226 ff.

Lebenslauf

Der Verfasser dieser Arbeit, geboren am 24. Dezember 1958, besuchte die Primar- und Mittelschule in Zürich und schrieb sich 1978 an der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich ein. Sein Studium beendete er 1985 mit dem Lizentiat. Danach nahm er einerseits die Berufstätigkeit bei einer international ausgerichteten Steuerberatungsgesellschaft auf, andererseits verfasste er die vorliegende Dissertation, die er im Herbst 1987 abschloss.

